

THÈSE DE

PARIS.

1888.

N^o. 67.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES

RAPPORTS DE SUCCESSION ENTRE LA MÈRE & L'ENFANT

Et spécialement des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien

DROIT FRANÇAIS

DU

MINEUR DE SEIZE ANS

DEVANT LA LOI PÉNALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le 19 avril 1888, à 1 heure

PAR

ÉMILE GUILLAUD

Avocat à la Cour d'appel de Paris

Lauréat de la Faculté de Bordeaux

Concours 1885 : Droit romain, 1^{er} prix. — Droit civil, 1^{er} prix

M. DESJARDINS, *Professeur, Président*

Suffragants : { MM. DUVERGER, *professeur.*
 ESMEIN, { *agrégés.*
 JOBÉ-DUVAL, }

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, rue Racine, 23

1888

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DES
RAPPORTS DE SUCCESSION ENTRE LA MÈRE & L'ENFANT
Et spécialement des sénatus-consultes Tertulien et Orphitien

DROIT FRANÇAIS
DU
MINEUR DE SEIZE ANS
DEVANT LA LOI PÉNALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le 19 avril 1888, à 1 heure



PAR

ÉMILE GUILLAUD

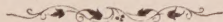
Avocat à la Cour d'appel de Paris
Lauréat de la Faculté de Bordeaux

Concours 1885 : Droit romain, 1^{er} prix. — Droit civil, 1^{er} prix

M. DESJARDINS, *Professeur, Président*

Suffragants : { MM. DUVERGER, *professeur.*
 ESMEIN, } *agrégés.*
 JOBÉ-DUVAL, }

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement



PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE
23, rue Racine, 23
1888

A MON PÈRE

A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DES RAPPORTS DE SUCCESSION

ENTRE LA MÈRE ET L'ENFANT

ET SPÉCIALEMENT DES SÉNATUSCONSULTES
TERTULLIEN ET ORPHITIEN

INTRODUCTION

Les rapports de succession entre la mère et l'enfant présentent dans la législation romaine, un intérêt particulier ; car, étudier ces rapports, c'est pénétrer au cœur même d'une des institutions les plus originales de Rome, la famille.

Nous essaierons, dans cette étude, de faire ressortir toutes les phases d'une lutte incessante et continue, qui marque toute l'histoire du droit romain (1), entre la famille civile et la famille naturelle.

Nous aurons atteint notre but, si nous parvenons à montrer, comment les romains, qui à l'origine, avaient

1. Lab' é sur Ortolan. *Institutes de Justinien*, tom. II, 12^{me} édition, appendice I, page 797.

imaginé un régime de succession, dont on a pu dire qu'il était de tous les régimes de succession, « le plus opposé aux notions naturelles et aux sentiments de famille (1), » arrivèrent, sous la double influence de la philosophie et du christianisme, à reconnaître progressivement les droits de la parenté naturelle, et en particulier, les droits de la mère à la succession de ses enfants et les droits des enfants à la succession de leur mère.

Nous adopterons dans ce travail la division suivante :

Dans un premier chapitre, nous étudierons les rapports de succession entre la mère et l'enfant, d'après le droit antérieur aux sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, c'est-à-dire, d'après le droit des Douze Tables, et le droit Prétorien.

Un deuxième chapitre sera consacré à l'étude des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien.

Dans un troisième chapitre, nous passerons en revue les modifications apportées à ces deux sénatus-consultes, par quelques constitutions impériales antérieures aux Nouvelles de l'empereur Justinien.

Enfin, dans un quatrième et dernier chapitre, nous exposerons le nouveau droit établi par les Nouvelles de Justinien.

1. Dalloz. *Répertoire*, mot : *succession*.

CHAPITRE PREMIER

DES RAPPORTS DE SUCCESSION ENTRE LA MÈRE ET L'ENFANT,
D'APRÈS LE DROIT ANTÉRIEUR
AUX SÉNATUS-CONSULTES TERTULLIEN ET ORPHITIEN.

Le droit romain ne commence véritablement qu'à la loi des Douze Tables.

Avant cette loi, dit M. Laferrière, « les mœurs de Rome, les lois, les traditions composaient dans leur ensemble un droit obscur, incertain, mystérieux, soumis à l'influence exclusive des Pontifes et des Patriciens (1). »

De nombreuses recherches ont été faites par de savants auteurs, dans le but de mettre à jour toutes les coutumes, les institutions des Romains des premiers âges ; mais elles ne pouvaient aboutir qu'à des conjectures, car les textes des premières lois de Rome ne nous sont point parvenus. « L'enfance de tous les peuples est inconnue. Les premières années de leur existence sont remplies par des traditions douteuses et des fables invraisemblables. C'est surtout aux Romains qu'il faut appliquer cette réflexion ; leurs origines, bien qu'elles n'aient pas une haute antiquité, sont restées voilées à leurs propres yeux (2). »

En ce qui concerne spécialement l'organisation de la

1. *Histoire du Droit romain et français*, tom. I, page 46

2. Ortolan. *Histoire et Généralisation*, page 3.

famille, et plus particulièrement notre sujet, les rapports de succession entre la mère et l'enfant, les vieux auteurs ne nous donnent aucun renseignement précis. L'opinion la plus généralement reçue, est, que les règles suivies en ces matières avant la loi des Douzes Tables, étaient les mêmes, que celles qui furent suivies après la promulgation de cette loi, dont le but fût de donner aux Romains des lois écrites, et qui, pour cela, a dû se borner à retracer les anciennes coutumes et reproduire les anciens usages, relatifs au droit privé (1).

M. Guérard, dans un essai remarquable sur le droit privé des Romains, a soutenu avec beaucoup d'autorité une autre opinion. Selon lui, dans la période qui a précédé la loi des Douzes Tables, il existait un droit privé, différent pour les patriciens et les plébéiens. Le droit de succession *ab intestat* notamment, le seul qui nous intéresse ici, n'était pas le même pour les deux ordres; et cette différence tenait à une autre différence dans l'organisation de la famille.

A quelles règles étaient soumis, dans le système de M. Guérard, les rapports de succession entre la mère et l'enfant, soit dans le droit des patriciens, soit dans le droit des plébéiens? Nous ne le rechercherons pas; car nous nous trouverions réduits à de simples conjectures, aucun texte ne pouvant nous fournir un appui solide (2). Nous nous en tiendrons donc à l'opinion générale, d'après

1. Comp. Ortolan, Laferrière.

2. Pour la réfutation du système de M. Guérard, voir un savant article de M. Jules Cauvet, dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, tom. XVI, page 241.

laquelle le droit privé des Romains est demeuré le même après, comme avant la loi des Douze Tables, et nous admettrons que cette loi a eu simplement pour objet de rédiger le droit préexistant, qu'elle ne fut qu'une coutume écrite.

Nous n'en dirons pas plus sur le droit primitif des Romains, toujours resté obscur, et nous allons, dans une première section de ce chapitre, passer à l'étude des Rapports de succession entre la mère et l'enfant, d'après la législation des Douze Tables. Dans une deuxième section, nous examinerons les modifications apportées au droit civil ancien par le préteur.

SECTION I

Législation des Douze Tables.

Le système successoral de la loi des Douze Tables est fondé exclusivement sur une organisation de la famille tout artificielle, de pure création civile. Aussi est-il nécessaire, pour comprendre ce qui va suivre, de connaître les caractères principaux de la famille.

Tous ces caractères peuvent se résumer en cette idée, que la famille romaine a pour base essentielle, la puissance paternelle. Le lien qui unit les membres de cette famille, n'est pas seulement un lien de naissance; c'est avant tout un lien artificiel, un lien de puissance. Les liens du sang, la parenté naturelle, qui sont le fondement de la famille « dans le droit humain », suivant une heureuse expression de M. Ortolan, n'ont qu'une importance

secondaire dans l'organisation première de la famille romaine. Sont membres de la même famille, d'après l'ancien droit civil, d'après la loi des Douze Tables, dans le sens le plus restreint, « *jure proprio* », seulement ceux qui sont soumis à la puissance du même *pater familias*. « *Jure proprio, familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate* » (Ulpien, L. 195, § 2, D. L, 16). Dans une acception plus étendue, « *jure communi*, » la famille se compose de tous ceux qui sont unis par le lien de l'agnation, c'est-à-dire de toutes les personnes, qui, à une époque quelconque, ont été soumises à la puissance du même *pater familias* ou qui y auraient été soumises, si celui-ci avait été vivant au moment de leur naissance (1).

La famille, constituée sur des bases aussi contraires aux données du droit naturel, ne peut s'expliquer que par les mœurs et les croyances religieuses des premiers Romains, comme l'a admirablement démontré M. Fustel de Coulanges dans son beau livre, *La cité antique*. Elle est une association politique et religieuse, plus qu'une association de nature, et répond merveilleusement aux idées aristocratiques, qui régnèrent longtemps à Rome. Dans cette association, la mère n'a qu'un rôle effacé; tous les droits sont attribués au *pater familias*, qui, investi des pouvoirs les plus absolus sur la personne et les biens de ceux qui sont soumis à sa puissance, est comme le chef d'un petit gouvernement qui a ses lois, son culte, son existence indépendante.

1. Dans une autre opinion, que nous n'avons pas à réfuter ici, les agnats seraient seulement ceux qui ont vécu en réalité soumis ensemble à la puissance du même chef (*qui sub unius potestate fuerunt*).

Telle est, résumée le plus brièvement possible, l'organisation primitive de la famille à Rome. Cette organisation, nous allons la voir reproduite avec fidélité par les lois des successions. Sous la loi des Douze-Tables, la puissance paternelle est la base du droit de succession, comme elle est la base de la famille. Cette loi reconnaît, en effet, trois ordres d'héritiers *ab intestat*.

1^o L'ordre des héritiers *siens*, *heredes sui*, comprenant tous ceux qui sont restés sous la puissance du défunt jusqu'à sa mort, et qui par cette mort sont devenus maîtres d'eux-mêmes, *sui juris* (1). Pour être héritier dans cet ordre, il faut donc avoir été sous la puissance du défunt au moment de sa mort; d'où il suit, que les enfants donnés en adoption, les enfants émancipés, les descendants par les femmes, les *liberi naturales*, sont exclus de l'hérédité.

2^o L'ordre des *agnats*. — Les *agnats* sont appelés immédiatement après les *sui*, parce qu'ils sont les seuls des parents, qui tiennent au défunt par les liens civils et religieux de la famille (2). Dans cet ordre, rentrent tous ceux qui font partie de la même famille civile.

3^o L'ordre des *Gentiles*. A défaut d'héritiers siens et d'agnats, l'hérédité était déferée aux *Gentiles*. Que fallait-il entendre par *Gentiles*? Nous n'avons pas heureusement à le rechercher ici. Disons seulement, que nul problème n'a donné lieu à de plus longues discussions.

Ayant rappelé les principaux caractères de la famille

1. Institutes, par. 2. *De hered. quæ ab int. defer.* II, 1.

2. Giraud. *Du vrai caractère de la loi Voconia* (*Juris collectanea*). tome 1^{er}, pièce 10.

romaine, et la physionomie générale de la loi des successions, sous l'empire de la législation des Douze-Tables, nous pouvons maintenant exposer, avec quelque précision, les rapports de succession entre la mère et l'enfant.

Pour cela, nous distinguerons soigneusement deux situations différentes, dans lesquelles pouvait se trouver la mère. Ces deux situations étaient les suivantes : ou bien la mère, avait été placée sous la puissance du mari, « *in manu mariti* ; » ou bien, son mariage avait été contracté sans *manus*. « Il est fort probable, dit M. Accarias (1), que dans les mœurs anciennes, la *manus* accompagnait presque toujours le mariage. Mais il faut tenir pour certain qu'à aucune époque, elle n'en résulta comme conséquence immédiate et nécessaire (2). Il fallait toujours pour la produire une solennité spéciale, ou un fait distinct du mariage (3).

Quoiqu'il en soit, nous allons étudier dans un premier paragraphe, les droits réciproques de succession entre la mère et l'enfant, en supposant la mère placée sous la puissance du mari, *in manu*.

Dans un second paragraphe, nous supposerons la mère mariée sans *manus*.

1. Accarias. *Précis de droit romain*, T. I, page 278, 3^{me} édition.

2. Ce qui le prouve, c'est que l'*usus*, était l'un des modes d'acquisition de la *manus*.

3. Gaius (I, § 110) nous dit qu'il y avait trois modes d'acquisition de la *manus*, la *confarreatio*, la *coemptio*, l'*usus*.

§. 1. — *Droits de succession entre la mère et l'enfant, dans le cas où la mère est sous la manus du mari.*

Par la *conventio in manum*, la mère est sortie de sa famille naturelle. Tous les liens qui l'unissaient à cette famille ont été rompus, y compris les liens de l'agnation.

En revanche, elle est entrée dans la famille de son mari, au même rang que si elle était fille de celui-ci, *loco filiae*, et sœur de ses propres enfants, *loco sororis* (1). Le *pater familias* a acquis sur elle toutes les prérogatives de la puissance paternelle.

La mère, ayant dans sa nouvelle famille, le rang de fille par rapport à son mari, compte parmi ses héritiers siens. Etant en outre considérée comme sœur de ses propres enfants, elle leur succède dans l'ordre des agnats, et réciproquement, ses enfants lui succèdent dans le même ordre.

Nous n'avons pas à nous occuper des rapports de succession que la *manus* établit entre le mari et la femme. Nous ne nous attacherons qu'à ceux quelle fait naître entre la mère et ses enfants.

Nous parlerons séparément du droit des enfants à la succession de leur mère, et du droit de la mère à la succession de ses enfants.

I. — *Du droit des enfants à la succession de leur mère.*

Il faut remarquer d'abord, qu'il ne peut y avoir lieu pour les enfants, de succéder à leur mère *in manu*, qu'au

1. Gaius, I, § 111, 114.

cas de prédécès du *pater familias*. Si la mère décède la première, il n'y a aucune succession à régler, puisque la femme *in manu* ne peut pas avoir de patrimoine. En effet, tous les biens qu'elle possédait avant son mariage, ont passé par l'effet de la *conventio in manum*, dans le patrimoine du mari, comme les biens de l'adrogé passent dans le patrimoine de l'adrogeant (Gaius, III, §, 83. — II, §, 98)-

D'autre part, tous les biens qui ont pu advenir à la femme pendant *la manus*, sont devenus immédiatement la propriété du mari.

Nous devons donc supposer que le *pater familias* est décédé avant la mère. A partir de ce décès seulement, cette dernière a pu acquérir un patrimoine propre, et par suite laisser une hérédité, soit qu'elle ait recueilli une part du patrimoine de son mari, soit que des biens lui soient advenus par d'autres causes, donations ou testaments, par exemple. En pareil cas, d'après quelles règles, la succession de la mère arrive-t-elle à ses enfants ?

Suivant le système organisé par la loi des Douze-Tables, toute hérédité doit être déférée d'abord aux héritiers siens, puis à leur défaut aux agnats, et enfin aux Gentiles. Dans notre hypothèse, il ne peut être question d'héritiers siens. Une femme ne peut en avoir, puisqu'elle ne peut avoir personne en sa puissance. A proprement parler, elle n'a point de descendants, elle n'a que des collatéraux (1).

En conséquence, l'hérédité de la mère est déférée en premier lieu aux agnats, et nous savons que les enfants de

1. Laboulaye. — *Condition civile et politique des femmes*, page 56.

la femme *in manu*, sont ses agnats, puisqu'elle est par rapport à eux, *loco sororis*. C'est donc à titre de frères ou sœurs que les enfants héritent de leur mère. C'est le lien purement civil de l'agnation qui est la source de leur droit, et non le lien de filiation.

Cela est si vrai, que les enfants du premier lit du mari, étant les agnats de la seconde femme, au même titre que les propres enfants de celle-ci, ont droit également à son hérédité (Gaius, III, §, 14, *in fine*). Bien plus, il est possible que la succession d'une femme *in manu*, passe aux enfants du premier lit du mari, à l'exclusion de ceux de la défunte. Il n'y a qu'à supposer pour cela, que ces derniers soient sortis de la famille par une *capitis deminutio*.

De ce que les enfants héritent de leur mère, non pas en vertu d'un lien de parenté naturelle, d'un lien de filiation, mais seulement en vertu du lien arbitraire et artificiel de l'agnation, il résulte encore, que toutes les fois que ce lien aura été rompu d'une manière quelconque, par une émancipation des enfants, ou par une *capitis deminutio*, qui aura fait sortir la femme de la famille du mari, les droits de succession qu'il avait fait naître disparaîtront.

II. — Du droit de la mère à la succession de ses enfants.

Une remarque analogue à celle que nous avons faite plus haut, doit être reproduite ici ; pour qu'il puisse y avoir lieu pour la mère, de succéder à ses enfants, il faut encore supposer le prédécès du *paterfamilias*. En l'absence de cette condition, l'enfant à l'époque du droit ro-

main où nous nous trouvons, ne peut pas avoir de patrimoine propre, ni par suite laisser une hérédité, à moins qu'il ne soit sorti de la famille et devenu *sui juris* ; auquel cas, les liens de l'agnation, qui seuls peuvent créer les droits de succession, sont rompus entre la mère et l'enfant.

Mais le père de famille étant prédécédé, l'enfant, devenu *sui juris* par ce décès, peut acquérir un patrimoine, et laisser une succession. Cette succession est dévolue d'abord aux héritiers siens, dont ne fait point partie la mère. A défaut d'héritiers siens, elle est dévolue aux agnats ; et dans cet ordre, le titre de sœur que la mère possède à l'égard de ses enfants, lui donne accès à l'hérédité, en concours avec les frères et sœurs du défunt. Et, de même, que ce n'est pas le lien naturel de la filiation, qui donne aux enfants, droit à la succession de leur mère, ce n'est pas non plus, le fait de la maternité, qui donne à la mère, droit à la succession de ses enfants. C'est toujours le lien de la puissance, le lien de l'agnation ; d'où ces conséquences que la mère succède aussi bien aux enfants du premier lit de son mari, qu'à ses propres enfants, et que, si, elle ou les enfants sont sortis de la famille par une *Capitis deminutio*, tout droit de succession disparaît. « *Capitis deminutione pereunt legiti nœ hereditates, quæ ex lege XII Tabularum veniunt.* » L. 11. D. de Suis et leg. XXXVIII, 16.)

Signalons ici deux inégalités entre la mère et les enfants.

En premier lieu, nous avons vu que la mère ne peut jamais avoir d'héritiers siens, puis qu'elle ne peut

avoir personne en sa puissance. Ses enfants, quoiqu'ils ne succèdent que dans l'ordre des agnats viendront donc toujours en rang utile à sa succession. Au contraire la mère peut-être écartée de la succession de ses enfants par des héritiers siens, à moins qu'il ne s'agisse de la succession d'une fille, car les femmes ne peuvent avoir d'héritiers plus proches que leurs agnats.

En second lieu, les enfants de la femme *in manu*, n'avaient pas davantage à craindre d'être écartés par des héritiers testamentaires, car, si en principe, la mère, était capable de tester par l'effet de la *Capitis deminutio* qu'elle avait subie, en fait, elle ne pouvait guère user de ce droit pour dépouiller ses enfants. En effet, par application des règles sur la tutelle perpétuelle des femmes, la tutelle de la femme qui avait été *in manu*, appartenait à ses fils ou plutôt aux fils de son mari, qui étaient les plus proches agnats. Il en résultait que la mère ne pouvait faire un testament, sans l'autorisation de ses enfants et ceux-ci étaient naturellement intéressés à ne pas donner leur autorisation, pour un acte qui devait leur nuire.

Au contraire, la mère pouvait très bien être exclue de la succession de ses enfants par des héritiers testamentaires, à moins qu'il ne s'agisse de la succession d'une fille, car les filles n'avaient pas en général le droit de tester.

D'après le droit primitif des Romains, la mère ne pouvait élever aucune réclamation contre le testament de ses enfants, qui l'avaient omise et réciproquement les enfants ne pouvaient pas se plaindre de ce qu'ils avaient été omis dans le testament de leur mère. La théorie de l'exhé-

dation ne protégeait que les héritiers siens. Elle était étrangère à tout ce qui regardait les rapports de succession entre la mère et ses enfants. D'autre part, la ressource de la *querela inofficiosi testamenti*, n'existait pas encore. Cette institution ne se forma probablement que dans les derniers temps de la république, et de même que la théorie de l'exhérédation, dont elle ne fut en quelque sorte que le complément, elle ne fut d'abord établie qu'en faveur des enfants, héritiers siens, et cela comme conséquence logique de leur co-propriété dans les biens du père (1).

§ 2. — *Droits de succession entre la mère et l'enfant, dans le cas où le mariage de la mère a été contracté sans manus.*

Les développements que nous avons déjà donnés, nous permettront ici d'être bref. La mère, mariée sans *manus*, n'est pas entrée dans la famille de son mari ; elle est demeurée dans celle de son père. Aucun lien de parenté civile ne la rattache à ses enfants ; elle n'est pas leur agnate ; elle est légalement pour eux une étrangère. S'il en est ainsi, comment pourrait-il être question de droits de succession entre la mère et les enfants, puisque seul, le lien de la puissance, de la parenté civile peut créer ces droits.

Mais si la mère ne peut succéder à ses enfants, ceux-ci peuvent en l'instituant lui faire parvenir une partie de leur patrimoine. — Au contraire, la mère ne peut guère

1. Comp. Accarias, *op. cit.* tom. 1. p. 888.

espérer par testament, faire parvenir ses biens à ses enfants. Anciennement, la femme est en effet, incapable de tester par la raison que les testaments se font devant les comices, et qu'elle n'a point accès à ces comices. Un peu plus tard, quand le testament se fait sous la forme d'une simple mancipation, la femme ne peut tester qu'à la condition d'avoir subi une *capitis deminutio*, qui l'a fait changer de famille. Mais pour cela, il lui faut l'autorisation de son tuteur, et celui-ci étant son héritier présomptif, a tout intérêt à la lui refuser, (Gaius, II, § 118, — Ulpien, XX, 13). Une femme ne peut donc pas dépouiller par testament son tuteur, sans l'autorisation de celui-ci, au profit de ses enfants.

Nous ne nous sommes occupés jusqu'à présent, que de la mère et de ses enfants légitimes. Des rapports de succession entre la mère et les enfants illégitimes, sous la loi des Douze-Tables, nous n'avons presque rien à dire. Dans le système successoral de cette loi, qui ne tient compte que du lien civil, on comprend qu'il n'y ait point place, pour les successions fondées sur la parenté naturelle. Toutefois, il y avait un cas, dans lequel un enfant naturel pouvait succéder à sa mère, et réciproquement : c'était celui, où par une adrogation l'enfant naturel était entré dans la même famille que sa mère ; mais alors il succédait, non pas à titre d'enfant naturel, mais à titre d'enfant adoptif.

De tout ce que nous venons de dire, il ressort clairement, que les lois primitives des Romains n'ont reconnu entre la mère et ses enfants, en cette seule qualité, aucun droit de succession. La parenté naturelle, la ma-

ternité et la filiation sont comptées pour rien. Le titre de mère, et le titre d'enfant sont insuffisants pour créer des rapports de succession. Pour que ces rapports existent, il faut que la *conventio in manum* ait placé la mère dans la même famille civile que ses enfants, et lui ait donné le titre d'agnate.

Toutefois, il convient de remarquer, que même en l'absence de *conventio in manum*, les enfants pouvaient par un moyen détourné, recueillir une partie de la fortune maternelle. Si la femme mariée sans *manus* ne pouvait laisser ses biens à ses enfants, ni *ab intestat*, puisqu'elle et ses enfants appartenaient à deux familles différentes, ni par testament, car elle ne pouvait tester, elle pouvait les apporter en dot au mari, et de cette manière en faire bénéficier indirectement ses enfants. La loi romaine avait en effet décidé à l'origine, que les biens dotaux seraient acquis au mari en pleine propriété. A la mort de celui-ci, ils faisaient partie de son hérité, et les enfants pouvaient les recueillir, puisqu'ils étaient ses héritiers, tandis qu'ils demeuraient étrangers à la famille civile de leur mère.

C'est là un point que M. Paul Gide, fait très bien ressortir dans son étude remarquable *sur le caractère de la dot en droit romain*. « La dot, dit-il, était établie en vue du mariage et des enfants, et ce n'était point là comme aujourd'hui une destination temporaire et limitée à la durée du mariage. Elle ne devait jamais être restituée, puisqu'elle n'eût pu retourner à la femme ou aux héritiers de la femme, sans être par là même perdue pour les enfants. »

La dot, constituait donc à cette époque, une sorte de contingent de fortune que la femme pouvait donner au

mari afin de le faire parvenir par son intermédiaire à ses enfants.

Voyons maintenant dans une deuxième section, comment le préteur, tout en respectant le fond même du système successoral que nous avons exposé, parvint dans une certaine mesure à combler ses lacunes.

SECTION II

Droit prétorien.

La matière des hérédités *ab intestat*, est une de celles où le préteur exerça le plus heureusement sa mission de suppléer aux lacunes du vieux droit civil. Par l'institution des *bonorum possessiones*, il a pu accorder les avantages de la succession héréditaire à des personnes que le droit civil n'admettait point à l'hérédité (1). Il a, suivant l'expression des *Institutes de Justinien*, « dilaté » le droit d'hérédité, renfermé par la loi des Douze Tables dans les plus étroites limites (2). C'est ainsi qu'il a pu appeler le fils émancipé à partager les biens du père mort *ab intestat*. En créant un système de succession parallèle à celui des Douze-Tables, il a pu enfin reconnaître des droits de succession à la parenté naturelle, à la cognation (3).

1. Gaius, III, § 18 et suiv. — *Institutes, pr. De bon. poss.* III, 9.

2. *Institutes*, § 2, *in fine*, III, 9.

3. Les textes nous disent, qu'à la différence des lois, des sénatus-consultes, et des constitutions impériales, le préteur ne faisait pas de véritables héritiers, et que le *bonorum possessor* était *loco heredis* sans être *heres* ; mais en fait, la situation des *bonorum possessor*es et des héritiers était à peu près la même. L. 2, D. *De bon. poss.* XXXVII, 1.
— Gaius, 3, § 32. — Ulpien, tit. 28, par 12.

Nous n'avons pas à rechercher ici, qu'elles furent toutes les *bonorum possessiones* imaginées par le préteur pour compléter et corriger le droit civil, nous ne nous occupons que de celles qui intéressent les rapports de succession entre la mère et ses enfants, c'est-à-dire de la *bonorum possessio unde cognati* et de la *bonorum possessio unde decem personæ*.

§ 1. — *De la bonorum possessio unde cognati.*

Par la *bonorum possessio unde cognati* le préteur appelle à recueillir la succession du *de cujus*, tous ceux qui lui sont unis par le lien du sang, la cognation ou parenté naturelle, sans distinguer si cette parenté existe par les femmes ou par les hommes (1). La mère, peut donc venir à la succession de ses enfants dans l'ordre des cognats, et réciproquement les enfants peuvent venir à la succession de leur mère dans le même ordre. La qualité générale de cognat est maintenant un titre suffisant pour donner droit à la succession. Il n'est plus nécessaire que la *manus* ait placé la mère dans la même famille civile que ses enfants. Le lien du sang est seul considéré.

Aussi la *capitis deminutio*, qui sous la loi des Douze-Tables fait disparaître le droit à l'hérédité, parce qu'elle

1. Les avantages accordés à la cognation peuvent aussi être invoqués par des personnes qui ne sont nullement rattachées au *de cujus* par les liens du sang. C'est en effet une règle du droit civil que l'agnation, alors même qu'elle ne marche pas de pair avec la cognation en produit néanmoins tous les effets. Par exemple, l'enfant adoptif, tant qu'il reste *in adoptivâ familiâ*, est considéré comme le cognat de tous les membres de sa famille d'adoption. L. 1, par. 4, D. *unde cogn.* XXXVIII, 8.

brise le lien d'agnation sur lequel ce droit repose, n'a-t-elle aucune influence sur la *bonorum possessio unde cognati*. La *capitis deminutio* laisse subsister le *jus cognitionis*, « *quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia non potest* » (1).

Étudions séparément les règles de la succession des enfants à leur mère et de la mère à ses enfants par la *bonorum possessio unde cognati* (2).

I. — De la succession des enfants à leur mère,

La *bonorum possessio unde cognati* n'est accordée en principe que dans le cas où le *decujus* mort *intestat*, ne laisse ni *sui*, ni agnats. « *Post suos heredes, eosque quos inter suos heredes Prætor et constitutiones vocant, et post legitimos, quo numero sunt agnati, et hi quos in locum agnatorum tam supra dicta senatusconsulta quam nostra erexit constitutio, proximos cognatos Prætor vocat* (Institutes, *princ. De succ. cogn.*, III. 5). »

Les cognats, n'occupent donc en règle générale que le troisième rang, celui qu'occupaient sous la loi des Douze Tables, les *Gentiles*. Mais, par exception, quand il s'agit

1. Il s'agit bien entendu seulement de la *minima capitis deminutio* c'est-à-dire de celle qui n'atteint ni la liberté, ni la cité. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point en étudiant les sénatus consultes Ter tullien et Orphitien.

2. Nous supposons toujours la mère et l'enfant décédés *sui juris*. Ce ne fut que dans le dernier état du Droit Romain que les personnes en puissance purent avoir un patrimoine propre et laisser une hérédité.

de la succession des enfants à leur mère, et plus généralement toutes les fois qu'il s'agit de la succession d'une femme, ils se trouvent nécessairement au deuxième rang; car les femmes n'ont jamais d'héritiers siens, et c'est en l'absence d'agnats seulement que la *bonorum possessio unde cognati* est accordée aux enfants. Ceux-ci recueillent alors les biens de leur mère, soit seuls, soit en concours avec le père ou la mère de la défunte, qui sont cognats au même degré qu'eux. La *bonorum possessio unde cognati* est en effet accordée, d'abord au cognat le plus proche, et à égalité de degrés il y a concours (Loi 1, par. 5 D. *unde cogn.* XXXVIII, 8). Ce concours entre ascendants et descendants du *decurjus*, quand ils sont cognats au même degré, si contraire à l'ordre des affections naturelles, provient de ce que le préteur ne fait pas de la qualité d'ascendant ou de descendant un titre spécial; il ne tient compte que de la qualité générale de cognat. Ascendants, descendants, collatéraux ne forment qu'un seul ordre. Par là, tous les parents sont appelés à se succéder, mais dans un rang qui est à la fois contraire aux intentions probables du *decurjus* et au vœu de la nature (1).

II. — De la succession de la mère à ses enfants.

La *bonorum possessio unde cognati* permet à la mère de recueillir les biens de ses enfants, mais seulement à dé-

1. Papinien l'avait si bien compris qu'il établissait une différence profonde entre les ascendants et les descendants : « *Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentium debetur hereditas; parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturæ simul et parentium commune votum.* » L. 7, par. 1. D. XXXVIII, 8.

faut d'héritiers siens et d'*agnats*. Elle les recueille seule, si elle est seule au premier degré de cognation. S'il y a d'autres cognats au même degré, elle concourt avec eux. Ainsi, elle peut venir en concours : 1° avec le père du *decurius*, si pour une cause quelconque il ne figure point dans l'ordre des *legitimi*; ce qui a lieu par exemple dans la succession d'un enfant *sui juris* non émancipé (L. 2, par. 18, *ad senat*, *Tertull.* XXXVIII, 17); 2° avec des enfants du *decurius*, si ceux-ci ne viennent pas dans l'ordre des héritiers siens; ce qui a lieu, lorsqu'il s'agit de la succession d'une fille, car dans ce cas, il ne peut être question de *sui*; ce qui a lieu encore, alors même qu'il s'agit de la succession d'un homme, si le défunt laisse un fils qui a été donné en adoption; car l'adopté n'est plus héritier sien dans sa famille naturelle (*Institutes.* par. 13. *De hered. quæ ab int.* III, 1. L. 2, par 9. D. *Ad senat Tertull.* XXXVIII, 17).

En admettant ainsi la mère du *decurius* à concourir avec les descendants, le droit prétorien, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, méconnaissait les intentions probables du défunt. S'il avait suivi l'ordre naturel des affections, il aurait dû appeler les enfants à l'exclusion de la mère.

Nous venons de voir comment étaient réglés par la *bonorum possessio unde cognati*, les rapports de succession entre la mère et ses enfants; mais nous n'avons pas dit s'il s'agissait d'enfants légitimes ou naturels. C'est qu'en effet, il n'y a ici aucune distinction à faire entre les uns et les autres. Le préteur, qui, pour accorder la *bonorum possessio*

unde cognati, ne tient aucun compte de la parenté civile, n'a pas à tenir compte davantage de la légitimité ou de la non légitimité des parents. Il suffit qu'ils soient cognats (1), et les enfants illégitimes sont les cognats de leur mère aussi bien que les enfants légitimes (2) (Institutes, par. 4. *De succ. cog.* III, 5).

En reconnaissant des droits de succession entre la mère et les enfants illégitimes, le droit prétorien avait réalisé un véritable progrès sur la législation des Douze-Tables. Mais il était allé trop loin, en partageant également la *bonorum possessio unde cognati* entre l'enfant issu *ex justis nuptiis* et un simple *vulgo conceptus*, qui pouvait être un enfant adultérin ou incestueux. L'assimilation n'aurait pas dû être complète. Elle s'explique par ce fait que la loi romaine, loin de faire pour les enfants naturels un règlement spécial, ne s'est nullement occupée d'eux et les a abandonnés tout simplement à l'application du droit commun et des principes généraux. « Or, cette application, dit M. Gide (3), se résume pour eux, dans les

1. Toutefois, la *cognatio servilis*, est impuissante à engendrer aucun droit de succession « *Servilis cognatio nulla est.* » L. 1, par 2, *Unde cog.* D. XXXVIII, 8. — Institutes, par. 10. *De grad. cogn.* III, 6.

2. Y a-t-il aussi cognation entre les enfants illégitimes et leur père? Sans nul doute les *vulgo quæsi* ne sont pas cognats de leur père. Quant aux enfants issus *ex concubinato*, les textes sont muets. Nous pensons que l'affirmative doit être admise. Si en effet, il en est autrement quand il s'agit d'un *vulgo quæsius*, cela tient à ce qu'il n'a pas de père légalement certain, motif inapplicable aux enfants issus *ex concubinato*. Sic. Accarias. — Contra. Demangeat.

3. Paul Gide. *De la condition de la concubine et de l'enfant naturel dans la législation romaine.*

deux règles que voici : A l'égard de son père, l'enfant naturel n'a aucun droit et ne diffère en rien d'un étranger. A l'égard de sa mère, l'enfant naturel a tous les droits, et ne diffère en rien de l'enfant légitime. Ces deux règles, il faut bien le dire, paraissent aussi difficiles à justifier l'une que l'autre. En déniaut tout effet à la paternité naturelle, la loi romaine semble blesser l'humanité. En assimilant la maternité naturelle à la maternité légitime, elle semble outrager la morale. Enfin, en inscrivant à côté l'une de l'autre ces deux règles contradictoires, elle semble choquer la raison. Et cependant, ces deux règles ont persisté durant les plus beaux siècles de la jurisprudence romaine et jusqu'aux derniers empereurs païens. C'est que ces règles n'étaient pas l'œuvre arbitraire du juge ; elles n'étaient l'une et l'autre que la conséquence logique et nécessaire des principes constitutifs de la famille, telle que l'antiquité l'avait conçue. »

D'autre part, les jurisconsultes romains, en reconnaissant à tous les enfants, une condition identique vis-à-vis de leur mère, qu'ils fussent issus de justes noces ou d'unions illégitimes, s'étaient attachés à cette idée que la maternité était toujours certaine (1).

§ 2. — *De la bonorum possessio unde decem personæ.*

Cette *bonorum possessio* est accordée par le prêteur dans une hypothèse toute spéciale. Pour qu'elle puisse être invoquée, il faut supposer le *decujus*, décédé après avoir

1. Labbé sur Ortolan, tom. I. App. III.

été émancipé « *non contractâ fiduciâ*. » Dans ce cas, le droit civil accordait au *manumissor extraneus* les droits de patronage, et par conséquent ceux de succession, au détriment des parents naturels de la famille d'où était sorti l'émancipé. Le préteur, au moyen de la *bonorum possessio unde decem personæ* corrigea cette rigueur du droit civil en faisant passer avant le *manumissor extraneus*, dix cognats énumérés aux Institutes (par. 3, *De bon. poss.* III, 9), et au nombre desquels se trouvaient la mère et les enfants.

Supposons donc d'abord la mère décédée, après avoir été émancipée « *non contractâ fiduciâ*. D'après le droit civil, le *manumissor extraneus* venant *loco patrôni*, en qualité d'*heres legitimus* excluait les enfants, qui n'avaient d'autre titre que la parenté naturelle. Le préteur en accordant aux enfants la *bonorum possessio unde decem personæ*, les fit au contraire passer avant le *manumissor*. Et, il faut bien remarquer que cette *bonorum possessio* seule pouvait permettre ce résultat. La *bonorum possessio unde cognati* n'était pas suffisante. Le *manumissor* étant, comme nous l'avons dit plus haut *heres legitimus*, excluait tous les cognats. D'autre part, on ne saurait songer à la *bonorum possessio unde liberi*, car dans notre hypothèse le *de cuius* étant une femme, il ne pouvait en être question (1).

1. Quand le *de cuius* était un homme, la *bonorum possessio unde decem personæ* n'était pas le plus souvent nécessaire pour faire passer les enfants avant le *manumissor*. Ceux-ci avaient en effet, la *bonorum possessio unde liberi*, à moins qu'au moment de la mort du *de cuius* ils ne fussent *in adoptiva familia*.

Si nous supposons maintenant que c'était l'enfant qui était décédé après avoir été émancipé « *non contractâ fiduciâ*, la *bonorum possessio unde de rem personæ* écartait encore le *manumissor extraneus* au profit de la mère, contrairement à ce qui avait lieu d'après le droit civil.

La *bonorum possessio unde decem personæ* était d'ailleurs soumise aux mêmes règles que la *bonorum possessio unde cognati*. La proximité du degré déterminait la vocation, et à égalité de degrés, il y avait concours. Toutefois, dans le cas où le défunt laissait son père et sa mère, il y a controverse sur le point de savoir si le concours avait lieu entre eux. M. Demangeat, s'appuyant sur un texte de Modestin, la loi 10, *De suis et leg.* au Digeste, XXVIII, 16, soutient que le père prend seul toute la succession, à l'exclusion de la mère. Ce texte est ainsi conçu : « *Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat, vel non manumissori bonorum possessio competat, mater defuncti, summovetur.*

D'après M. Demangeat, cette *bonorum possessio* qui appartient au père *non manumissor*, ne peut être que la *bonorum possessio unde decem personæ*. Cette conclusion nous paraît forcée. Sans doute il peut se faire, que le père n'invoque pas la qualité de *manumissor* parce qu'elle appartient à un *extraneus*, ce que suppose M. Demangeat, et alors il ne peut être question que de la *bonorum possessio unde decem personæ* ; mais il peut se faire aussi que la qualité de *manumissor* n'appartienne à personne, soit parce que le *manumissor extraneus* est prédécédé, soit même parce que le défunt *sui juris*, n'a jamais subi d'émancipation, auxquels cas la *bonorum possessio unde co-*

gnati suffirait au père. La *bonorum possessio* dont parle Modestin n'est donc pas nécessairement, la *bonorum possessio unde decem personæ*, et par suite le texte cité n'est pas suffisant pour faire écarter, dans notre hypothèse, la règle prétorienne du concours à égalité de degrés entre cognats. Bien plus, en admettant même que le texte se réfère à la *bonorum possessio unde decem personæ*, nous repousserions encore la solution de M. Demangeat. Nous verrons en effet, en exposant la théorie du sénatus-consulte Tertullien, que l'expression « *Mater defuncti summovetur* » ne signifie pas que la mère est écartée de la succession.

Les droits de succession reconnus par le droit prétorien entre la mère et ses enfants furent garantis par la *querela inofficiosi testamenti*. Cette application de la *querela* finit par être admise, quant au lieu de rattacher exclusivement cette institution, comme on l'avait fait à l'origine, à la copropriété de famille, on en arriva à faire intervenir une idée toute différente, celle de l'identité des devoirs imposés à tout ascendant et des droits naturels de tout descendant (1).

Les deux *bonorum possessiones unde cognati* et *unde decem personæ* ont gouverné les rapports de succession entre la mère et ses enfants, jusqu'à l'apparition des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, à l'étude desquels nous allons maintenant passer.

1. Accarias *op. cit.* tom. I, page 888.

CHAPITRE II

DES RAPPORTS DE SUCCESSION, ENTRE LA MÈRE ET SES ENFANTS, D'APRÈS LES SÉNATUS-CONSULTES TERTULLIEN ET ORPHITIEN.

Le droit prétorien avait sensiblement amélioré ces rapports ; mais la réforme était loin d'être complète. Si, dans tous les cas, la mère et ses enfants étaient appelés à se succéder à titre de cognats, et s'il n'était plus nécessaire pour que ce droit mutuel de succession existât, que le mariage de la mère ait été contracté avec *manus*, il fallait en revanche, pour être appelé dans l'ordre des cognats, qu'il n'y eût aucun agnat, à quelque degré qu'il fût, l'agnat le plus éloigné excluant le cognat le plus proche (*Institutes*. par. 13. *De hered. quæ ab int.* III. 1). D'autre part, nous avons vu que ce n'était ni la qualité de mère, ni la qualité d'enfant, qui donnait droit à la succession, mais seulement la qualité générale de cognat, d'où cette conséquence, que les enfants avaient à subir le concours des ascendants du *de cuius*, qui étaient aussi au premier degré de cognation.

Enfin, autre vice du système prétorien, la parenté illégitime, au point de vue des rapports de succession entre la mère et ses enfants était complètement assimilée à la parenté légitime.

De ces trois vices que le droit prétorien laissait sub-

sister dans le régime des successions, les deux premiers furent en partie corrigés par les deux sénatus-consultes Tertullien et Orphitien ; le dernier ne le fut que plus tard par les empereurs chrétiens.

Ce fut surtout, après que la *manus* eût commencé à tomber en désuétude que les besoins d'une nouvelle réforme se firent sentir. Tant que cette institution resta dans les mœurs, la mère et les enfants étant le plus souvent appelés à se succéder dans l'ordre des agnats, les imperfections du système du préteur n'avaient que rarement l'occasion d'apparaître. Mais, après la disparition de la *manus*, quand on eût souvent le spectacle d'un agnat éloigné excluant la mère ou les enfants, il fallut bien songer à remédier à cet inconvénient. Les empereurs procédèrent d'abord par décisions individuelles. Les Institutes (par. 1. *De senat. Tertull.* III, 3) nous apprennent que Claude attribua à une mère l'hérédité légitime de ses enfants, pour la consoler de leur mort, « *ad solatium liberorum amissorum.* » Mais il faut arriver aux sénatus-consultes Tertullien et Orphitien pour trouver une véritable réforme législative.

Chacun de ces sénatus-consultes va faire l'objet d'une section de ce chapitre. Dans une troisième section, nous indiquerons quelques règles communes aux successions nouvelles établies par les deux sénatus-consultes.

SECTION I.

Du sénatus-consulte Tertullien, ou de la succession de la mère à ses enfants

On n'est pas d'accord sur le point de savoir à quelle date précise fut rendu ce sénatus-consulte. Les Institutes (§ 2. *De senat. Tertull.* III, 3) le réfèrent au règne d'Adrien. Mais plusieurs auteurs, remarquant qu'il y eût, non pas sous Adrien, mais sous Antonin-le-Pieux, un consul du nom de *Tertullus*, pensent que c'est ce dernier prince que les Institutes ont voulu désigner sous le nom de son père adoptif; ce qui n'est pas sans exemple. (1).

Cette conjecture expliquerait le silence de Gaius, qui, ayant vécu sous Antonin et Marc-Aurèle (2), aurait écrit avant le sénatus-consulte. La controverse est d'ailleurs sans grand intérêt.

Avant de rechercher quel rang le sénatus-consulte Tertullien assignait à la mère, dans la succession de ses enfants, nous devons placer ici deux observations, qui sont nécessaires pour bien faire comprendre le caractère et la portée de la réforme qui venait d'être introduite dans la législation.

Première observation. — Le sénatus-consulte n'eût pas pour but de consacrer le droit naturel de la mère à la

1. Comp. Institutes. III, 20, par 4, et L. 49. par 1 *in fine*, D. XLVI 1.

2. Ortolan, *Histoire et Généralisation*, n° 393.

succession de ses enfants ; il n'accorda pas ce droit à toutes les mères indistinctement, mais seulement à celles qui étaient en possession du *jus liberorum*.

Conçu dans le même esprit que les lois caducaires, et n'étant suivant l'expression de Montesquieu qu'une extension de la loi Papienne (1), il eut pour objet de récompenser la fécondité. C'est ce qui résulte de l'unique condition à laquelle il subordonne la vocation de la mère, à savoir, la procréation d'un certain nombre d'enfants, trois pour les ingénues, quatre pour les affranchies.

L'obtention de ce *jus liberorum* était soumise aux règles les plus minutieuses. Par exemple, les enfants devaient être nés vivants et à terme, et cette condition était considérée comme accomplie, quand l'accouchement avait eu lieu le septième mois. La mort ultérieure des enfants n'importait pas (2).

Ces règles étaient d'ailleurs plus sévères pour l'application du sénatus-consulte Tertullien, que pour l'application des lois *Julia et Papia Poppæa*. Ainsi pour l'application de ces dernières, Ulpien (L. 135, D. *De verb. sign.* L. 16), décidait que les parts monstrueux devaient compter, et Paul (L. 137, D. *ibidem*), que l'accouchement de trois jumeaux tenait lieu à la femme de trois enfantements.

Au contraire, s'il s'agissait de l'application du sénatus-consulte, les parts monstrueux ne comptaient pas, et l'enfantement de trois jumeaux, à moins qu'ils ne soient

1, Montesquieu. *L'Esprit des lois*, liv. XXVII, chap. I in fine.

2. Voyez sur ce point les *Sentences de Paul*, IV, 9. *ad sénat. Tertull.*

venus au monde « *per intervalla* » ne profitait en rien à la femme (Paul. *Sen'tences, ad senat. Tertull.* IV, 9, § 2), ce qui a fait dire à M. Accarias, que ce qu'on exigeait, c'était bien moins un certain nombre d'enfants, qu'un certain nombre d'accouchements heureux (1). Au surplus, un rescrit impérial pouvait accorder le *jus liberorum* à une mère, qui n'avait jamais eu d'autre enfant que le *de cujus* (*Sentences de Paul, ad senat. Tertull.* IV, 9, § 9); ce qui fait encore ressortir le caractère de privilège qu'avait le droit de succession établi par la nouvelle législation.

Le *jus liberorum*, voilà donc la seule condition à laquelle le sénatus-consulte Tertullien subordonne le droit de la mère. Mais il faut, avec M. Accarias, sous-entendre deux autres conditions qui n'avaient pas besoin d'être exprimées. D'abord, l'enfant défunt devait être ingénu, car aucun droit de succession ne pouvait encore résulter de la *cognatio servilis* (Institutes, pr. 10 *De grad. cogn.* III 6). Ensuite, il devait être *sui juris*, car l'enfant en puissance à l'époque classique, n'a encore aucun patrimoine qu'il puisse transmettre *ab intestat*. Le pécule « *castrense* » lui-même, dont la propriété avait été reconnue au fils de famille probablement par Auguste, ne pouvait être transmis que par testament. A défaut de testament, les biens compris dans le pécule restaient au *Pater familias* (L. 2. D. *De castr. pec.*, XLIX, 17). — Ces deux conditions d'être ingénu et *sui juris* n'étaient pas au contraire exi-

1. Accarias. *Op. citat.* T. II, pag 57, note 1. C'est par les différences que nous venons de signaler, que Cujas, et, après lui presque tous les auteurs expliquent l'antinomie apparente de certains textes du Digeste, relatifs au *jus liberorum*

gées chez la mère. Seulement, si elle était affranchie, il lui fallait avoir mis au monde quatre enfants au lieu de trois, et si elle était soumise à la puissance paternelle, elle ne pouvait faire adition d'hérédité que *jussu parentis*. (Institutes, §. 2 *in fine*. *Ad senat. Tertull.* III. 3).

Deuxième observation. — Le sénatus-consulte Tertullien n'a pas abrogé le droit antérieur. Etabli au profit de la mère, il ne pouvait lui enlever les avantages, que le droit prétorien lui avait déjà reconnus par les *bonorum possessiones unde cognati* et *unde decem personæ*. Ces *bonorum possessiones* pouvaient toujours être invoquées dans les cas où le sénatus-consulte ne s'appliquait pas. Nous verrons en effet, quand nous déterminerons le rang attribué à la mère par le Tertullien, que dans les hypothèses, où l'enfant décédé laissait des enfants, ou bien son père et des frères consanguins, le sénatus-consulte n'était d'aucune utilité pour la mère. Mais il ne s'en suivait pas, qu'en présence de ces personnes, la mère ne pouvait jamais arriver à la succession de ses enfants. Elle ne pouvait y arriver en vertu du sénatus-consulte, mais rien n'empêchait qu'elle pût demander et obtenir, s'il y avait lieu, les *bonorum possessiones unde cognati*, et *unde decem*. La portée du sénatus-consulte Tertullien n'était pas de remplacer la législation antérieure, en la faisant disparaître complètement, mais simplement de la modifier dans un sens favorable à la mère. Son but était de faire passer celle-ci, de l'ordre des cognats, dans l'ordre des *legitimi*, et de lui déférer non plus simplement la succession, mais l'hérédité. Le titre et le rang d'*heres legitima*, telle était la faveur que le sénatus-consulte accordait à

la mère, dans les cas où il pouvait être invoqué. Dans les cas où il ne pouvait pas l'être, le droit prétorien continuait à subsister et la mère pouvait toujours s'en prévaloir pour arriver à la succession comme *bonorum possessor*. Les textes sont formels sur ce point (1).

Ajoutons que la mère étant, *heres legitima ex senatus consulto*, pouvait obtenir du préteur, comme tous les autres héritiers, aux quels l'hérédité légitime était déférée par la loi des Douze-Tables ou une autre source du droit civil, la *bonorum possessio unde legitimi* (L. 2, par. 4, *unde legitimi*, D. XXXVIII, 7). Cette *bonorum possessio*, pourra dans certains cas lui procurer des avantages que sa seule qualité d'*herès*, ne lui donnerait pas. Entre autres avantages, elle lui offrira la ressource de l'interdit *quorum bonorum*, et elle rendra l'acquisition des biens plus facile. La *bonorum possessio* peut en effet s'acquérir par l'intermédiaire d'un mandataire, et même d'un tiers sans pouvoir, sauf ratification ultérieure par le véritable intéressé (L. 3, § 7. *De bon. poss.* D. XXXVII, 1. — L. 7, § 1, *ibidem*). En outre, si la mère est *alieni juris*, elle formera valablement sa demande sans le *jussus* préalable du *paterfamilias*; il suffira qu'elle obtienne après coup sa ratification (L. 6, § 1, *De adq. vel omit.* D. XXIX, 2).

Après avoir déterminé par les deux observations qui précèdent le véritable caractère et la véritable portée du Tertullien, il nous reste à préciser le rang qu'il attribuait à la mère dans la succession de ses enfants.

Ulpien (Tit. 26, § 8 *de legit. hered.*) résume de la ma-

1. Voir, L. 2. *ad Senat. Tertull.* D. par. 9 et 18, XXXVIII. 17.

nière suivante tout le système du sénatus-consulte. « *In-
testati filii hereditas, ad matrem ex lege XII Tabularum non
pertinet; sed, si jus liberorum habeat, ingenia trium, liber-
tina quatuor, legitima heres fit ex senatus-consulto Tertul-
liano; si tamen ei filio neque suus heres sit, quive inter suos
heres ad bonorum possessionem a Prætorè vocatur, neque
pater ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re
pertinet, neque frater consanguineus; quod si soror con-
sanguinea sit, ad utrasque pertinere jubetur hereditas.* »

De ce texte, il résulte que la mère est appelée dans l'ordre des *legitimi*, c'est-à-dire au second rang d'héritiers. Si donc le *de cujus* laisse des héritiers siens, ou des enfants assimilés aux *sui*, ayant la *bonorum possessio unde liberi*, l'ordre des *legitimi* ne pouvant s'ouvrir, le sénatus-consulte Tertullien ne sera d'aucun secours pour la mère (L. 2, § 6 et 8, D. *ad senat. Tertull.* XXXVIII, 17), et, comme d'un autre côté, l'ordre des cognats qui n'est qu'au troisième rang, se trouve *a fortiori* écarté, il s'en suit que la mère sera complètement exclue de la succession.

Si au contraire les héritiers siens et ceux qui y sont assimilés font défaut, l'ordre des *legitimi* s'ouvre et la mère peut succéder dans cet ordre en vertu du sénatus-consulte. Mais elle n'est pas appelée en première ligne; elle est primée par certains agnats et subit le concours de certains autres. De plus, elle n'exclut pas toujours les cognats, car, il peut se faire que la mère, bien qu'il y ait place pour l'*ordo legitimus*, ne puisse pas invoquer le sénatus-consulte. Celui-ci cesse en effet de s'appliquer, toutes les fois que le concours s'établissant directement entre la mère d'un côté, et un enfant, le père, ou un frère

consanguin du *de cuius*, de l'autre, son application nuirait à ces derniers (*Institutes*, § 3. *De senat. Tertull.* III, 3), sans distinguer en vertu de quel droit successoral ils sont appelés, héritiers siens, agnats, ou *bonorum possessores* ; peu importe. Dans ce cas, la mère n'aura que la ressource des *bonorum possessiones unde cognati*, et *unde decem personæ*. C'est donc avec raison que M. Ortolan a pu dire, « que cette succession de la mère à ses enfants était un genre tout spécial de succession, qui n'était ni celui des agnats, ni celui des cognats; qui ne se plaçait positivement ni avant, ni après, mais qui se réglait par un ordre tout particulier. »

Ces principes posés, voyons comment ils se comportent dans les différentes hypothèses qui peuvent se présenter. Ces hypothèses peuvent se ramener à trois :

I. — *Le défunt laisse des descendants en présence de la mère.*

Nous avons dit déjà, que s'il s'agit de descendants compris parmi les *sui heredes*, ou assimilés aux *sui*, la mère est toujours exclue par eux, puisque dans ce cas, l'ordre des *legitimi* dans lequel elle est appelée par le sénatus-consulte, ne s'ouvre pas, et que d'autre part, il n'y a pas place, non plus, pour les *bonorum possessiones unde cognati*, ou *unde decem personæ*.

Mais il peut arriver, qu'il y ait en présence de la mère du *de cuius*, des enfants de celui-ci, qui au moment du décès de leur père se trouvent *in adoptivâ familiâ*. Ces enfants n'ont droit à la succession, ni comme héritiers,

ni comme *bonorum possessores unde liberi*; ils ne peuvent venir que dans l'ordre des cognats. Quels seront dans ce cas les droits de la mère? C'est ici le lieu d'appliquer le principe, que le sénatus-consulte cesse de pouvoir être invoqué, « *cessat senatus-consultum*, » quand il doit nuire directement à un enfant du défunt.

Nous distinguerons donc :

S'il existe des agnats, la question de préférence ne se pose pas directement entre la mère et les enfants situés dans la famille adoptive, mais bien entre la mère et les agnats, puisque même en supposant la mère exclue, ce seraient les agnats qui seraient appelés et non les enfants, placés au simple rang de cognats. Dans ce cas, le sénatus-consulte ne saurait nuire aux enfants, puisque même sans lui, ils n'auraient pas recueilli la succession. Il s'appliquera donc à l'effet de faire passer la mère avant les agnats, s'ils sont d'un rang inférieur.

Si au contraire, il n'existe pas d'agnats, la question se pose directement entre les enfants et la mère. D'après le sénatus-consulte, celle-ci étant au rang *des legitimi*, devrait exclure les enfants, qui ne sont que des cognats. Mais Antonin, juge d'une espèce de ce genre, décidait qu'il ne fallait pas ici appliquer le sénatus-consulte, parce qu'il nuisait directement aux enfants (L. 2, par. 9. D. *ad senat. Tertull.* XXXVIII, 17). En conséquence, on appliquait le droit antérieur, l'ordre des cognats était appelé, et la mère et les enfants du *de cujus* étant cognats au même degré, étaient appelés concurremment à la *bonorum possessio unde cognati*.

M. Ortolan (1) semble dire qu'en pareil cas la mère était complètement exclue de la succession. Mais nous préférons admettre que le sénatus-consulte Tertullien cessait simplement de s'appliquer, et qu'il y avait alors lieu de s'en tenir aux règles ordinaires de la succession prétorienne. Il n'y a aucune raison pour abandonner ici la règle générale du concours entre cognats à égalité de degré. La loi 2 par. 9. D. *ad senat. Tertull.*, déjà citée, consacre d'ailleurs formellement cette solution.

Ce qui précède, suppose nécessairement, que le *de cujus* était un fils. S'il s'agissait d'une fille, la mère n'était jamais exclue par les descendants, puisque les *femmes* ne pouvaient avoir de *sui heredes*. Elle concourait donc avec ceux du premier degré, et excluait les autres, suivant les principes ordinaires.

II. — *Le défunt laisse des ascendants en présence de la mère.*

Nous n'entendons parler ici que des ascendants paternels, car il est clair que la mère doit exclure les autres ascendants maternels, qui sont nécessairement à un degré plus éloigné qu'elle. D'ailleurs, le sénatus-consulte Tertullien ne s'étendait pas aux ascendants maternels autres que la mère ; ces ascendants ne pouvaient venir à la succession qu'au moyen de la *bonorum possessio unde cognati*.

Si donc, il y avait en face de la mère des ascendants paternels, la règle était que le père seul lui était préféré (2). Mais lui était-il préféré dans tous les cas, à quel-

1. *Explication historique des Institutes de Justinien*, tom. II, n° 1038.

2. Il ne s'agit ici que du père naturel. Le père adoptif ne pouvait

que titre qu'il fût appelé à la succession ? Pour répondre à cette question, il nous faut distinguer :

1^o Si le *de cujus* était devenu *sui juris*, par une émancipation faite *contractâ fiduciâ*, par le père, celui-ci recueillant l'hérédité comme *heres legitimus*, venait immédiatement après les héritiers siens et écartait complètement la mère (L. 10. D. *De suis et legit.* XXXVIII, 16. L. 2. par. 15. D. *ad senat. Tertull.* XXXVIII, 17).

2^o Si au contraire le *de cujus* était devenu *sui juris* sans émancipation (1), ou bien s'il avait été émancipé par un *manumissor extraneus*, dans ce cas le père ne pouvait se prévaloir que de la *bonorum possessio unde cognati*, si le *manumissor* était actuellement décédé ; ou, s'il était vivant, de la *bonorum possessio unde decem personæ*. Alors, de deux choses, l'une : A. Il y a des agnats, et le sénatus-consulte Tertullien pourra être invoqué (L. 2. par. 17. D. *ad senat. Tertull.* XXXVIII, 17). Le concours ne s'établit pas en effet directement entre la mère et le père. L'application du sénatus-consulte, ne saurait nuire à ce dernier, puisque, n'étant que simple cognat, il se trouverait même en l'absence de la mère écarté par les agnats.

jamais faire obstacle à la mère. Il n'avait aucun droit, parce qu'après la mort de son fils, on ne pouvait plus dire qu'il était son père, *pater esse desuit*. Dès qu'il cessait d'être agnat, il n'était même plus cognat (L. 2. par. 15 *in fine*, et L. 3. D. *ad senat. Tert.* XXXVIII, 17).

1. Ce qui peut arriver par la mort de son aïeul, survenue après une *minima capitis deminutio* subie par son père. Par exemple, celui-ci avait changé de famille à la suite d'une adoption ou d'une émancipation.

La mère profitera donc du sénatus-consulte Tertullien, et recueillera la succession, à moins qu'elle ne soit exclue par un frère consanguin. B. Il n'y a pas d'agnats. Dans ce cas, le concours s'établissant directement entre le père et la mère, le sénatus-consulte cessera d'être applicable, car il nuirait au père, en faisant la mère *heres legitima*. Le père et la mère, cognats du même degré, seront tous deux appelés concurremment au moyen des *bonorum possessiones unde cognati* ou *unde decem personæ* (Loi 2. par. 18. D. *ad senat. Tertull.* XXXVIII, 17).

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, que lorsque le père et la mère ne peuvent venir à la succession qu'au moyen de la *bonorum possessio unde decem personæ* ce qui a lieu, lorsque le *decurus* a été émancipé par un *manumissor extraneus* et que celui-ci est encore vivant) un savant auteur, M. Demangeat, soutient, s'appuyant sur la loi 10, D. *De suis et legitimis*, XXXVIII, 16, que le père exclut la mère. Mais nous avons déjà dit, que le texte cité n'est pas concluant, parce que rien ne prouve qu'il entendait parler de la *bonorum possessio unde decem* plutôt que de la *bonorum possessio unde cognati*. Et, nous avons ajouté, que même en admettant, qu'il se référait à la *bonorum possessio unde decem*, l'expression « *Mater defuncti summovetur*, » n'avait pas le sens qu'y attachait M. Demangeat. Cette expression, croyons-nous, se rattache à la théorie du sénatus-consulte Tertullien; elle ne signifie pas que la mère est exclue de la succession, mais seulement de l'hérédité légitime. La mère ne peut pas être *heres legitima ex senatus-consulto Tertulliano*; elle est exclue de l'ordre des *legitimi*, parce que s'il en était

autrement, le sénatus-consulte nuirait au père dans un cas où le concours s'établit directement entre la mère et lui ; ce qui est contraire aux principes que nous avons admis.

Mais si la mère ne peut pas recueillir l'hérédité en vertu du sénatus-consulte Tertullien, rien n'empêche qu'elle soit appelée à la succession par le droit prétorien, d'après les règles ordinaires. On revient alors à la *bonorum possessio unde decem*, et on applique la règle générale du concours entre cognats du même degré.

Voilà, suivant nous, tout ce que signifient ces mots : » « *Mater defuncti summovetur* ; » ils écartent la mère seulement de l'hérédité, de l'ordre des *legitimi*, mais non pas de la succession. Ce qui donne une grande force à cette opinion, c'est que le texte de Modestin, invoqué par M. Demangeat se trouve précisément placé au Digeste au titre *De suis et legitimis*. C'est donc bien de l'*hereditas* seulement que s'occupait le jurisconsulte.

3° Dans un cas exceptionnel, prévu dans la loi, 2, §, 19. D. *ad senat. Tertull.*, il pouvait arriver que le père, bien que se trouvant en concours direct avec la mère, fut complètement exclu par cette dernière : Voici l'hypothèse : Le défunt a été adopté à titre de fils (1) par son aïeul maternel. Sa mère est alors devenue sa sœur consanguine, et ce titre lui permet d'exclure le père, simple cognat, mais pour qu'il en soit ainsi il faut qu'elle n'ait subi au-

1. Si l'avait été adopté à titre de petit-fils, la mère n'aurait été son agnate qu'au rang de tante « *amita* », et n'aurait eu par suite en vertu de la jurisprudence Voconienne aucun droit à l'hérédité. Le texte suppose d'ailleurs la mère *consanguinea*.

cune *capitis deminutio*. Si elle avait subi une *capitis deminutio*, auquel cas, elle aurait perdu sa qualité d'agnate et ses droits de *consanguinea*, elle ne pourrait même pas invoquer le sénatus-consulte Tertullien, à cause de la présence du père, et elle serait réduite à concourir avec ce dernier par la *bonorum possessio unde cognati*.

Nous avons posé en règle générale, que de tous les ascendants, un seul, le père, était préféré à la mère. Celle-ci excluait tous les autres, même l'aïeul qui avait émancipé l'enfant « *contractâ fiduciâ* » (L. 2. § 15, *eod. cit.*). Toutefois, lorsque le défunt laissait en présence de sa mère, à la fois son père, et son aïeul, auteur de l'émancipation, des difficultés s'élevaient sur le point de savoir qui devait recueillir la succession. Dans ce cas, l'aïeul, en sa qualité d'émancipateur avait la préférence sur le père, que la *bonorum possessio unde decem* ne protégeait que contre un *manumissor extraneus*. Mais devait-il à son tour être exclu par la mère? Le jurisconsulte Paul (L. 5, § 2, D. *ad senat Tertul.* XXXVIII, 17), décidait que l'aïeul ne devait pas dans l'hypothèse être exclu par la mère, car, dit-il, « si la mère écarte l'aïeul émancipateur, elle va se retrouver en présence du père, qui sera appelé à la succession comme *bonorum possessor* (*edicto Prætoris inducetur pater*). Mais le père, se retrouvant à son tour, en présence de l'aïeul émancipateur, qui est *heres legitimus* en sa qualité de patron sera en définitive exclu, et l'aïeul sera de nouveau appelé (*rursus avus vocabitur*). Ce serait un circuit inutile. Aussi Paul, conclut-il qu'il vaut mieux conserver son

droit à l'aïeul. « *Itaque rectius est avo jus suum conservare.* »

Cette explication ne nous paraît pas satisfaisante.

Le circuit dans lequel tourne le jurisconsulte n'existe pas en réalité. Puisque le père est exclu par l'aïeul émancipateur, il n'y a plus lieu de tenir compte de sa présence. La conséquence doit-être la même que s'il était exclu par un agnat. Dans ce dernier cas, nous savons que la mère est appelée; il doit en être de même quand le père est exclu par l'aïeul émancipateur. Le sénatus-consulte Tertullien, ne nuisant pas alors directement au père, doit s'appliquer. Autrement, le raisonnement du jurisconsulte, conduirait aussi bien à faire venir l'agnat à l'exclusion de la mère.

Il est probable que l'opinion de Paul était une opinion isolée. Nous avons d'ailleurs un texte d'Ulpien qui semble bien affirmer que la mère était toujours préférée aux ascendants, autres que le père. « *Neque avus, neque proavus in Tertulliano matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint* (L. 2, § 15, *eod. cit.*). »

III. — *Le défunt laisse des agnats en présence de la mère.*

La mère écartait tous les agnats, à l'exception des frères *consanguinei* et des sœurs *consanguineæ*. S'il n'y avait que des frères, elle était exclue par eux. S'il n'y avait que des sœurs, elle concourait avec elles (Ulpien, Tit. XXVI, § 8, *in fine*). Mais comment se faisait le partage? Nous croyons que la mère prenait toujours une moitié de la succession, quel que fût le nombre des *consanguineæ*. Pothier était

d'une opinion contraire; il décidait qu'il y avait lieu au partage par têtes (*Pandectes. Append. au livre 38, Tit. 17, Chap. I, art. 2, n° 5*). Mais, tous les textes qui parlent du partage par têtes, supposent seulement une sœur. Du reste, la constitution de Justinien qui a plus tard accordé dans tous les cas, la moitié de la succession à la mère, présente cette disposition comme conforme au droit ancien « *pro veterum legum tenore* » (L. 7, princ. Code, *ad senat. Tertull.*, VI, 56). — S'il y avait tout à la fois des frères et des sœurs, la mère étant exclue par les frères la succession se partageait également entre les frères et les sœurs (*Institutes*, § 3. *De senat. Tertull.* III, 3. — Ulpien, tit. XXVI, § 8). Il n'y avait pas d'ailleurs à distinguer si les frères et sœurs étaient naturels ou adoptifs (L. 2, § 18 et 19, et L. 7, D. *ad senat. Tertullianum* XXXVIII, 17).

Telles étaient les principales règles de la succession spéciale que le sénatus-consulte Tertullien organisa au profit de la mère. En définitive, elles se résument ainsi : la mère, investie du *jus liberorum* a droit à l'hérédité de ses enfants; elle y est appelée comme *heres legitima*, mais pour cela, il faut : 1° que personne ne puisse réclamer la *bonorum possessio unde liberi*; 2° que le père n'existe plus, ou bien s'il existe, qu'il y ait entre lui et la succession un obstacle indépendant du sénatus-consulte; 3° qu'il n'y ait dans l'ordre des *legitimi*, aucun héritier préférable, soit un frère agnat, soit le père émancipateur, soit même d'après Paul, l'aïeul émancipateur. En l'absence de l'une de ces conditions, il n'y a pas lieu d'appliquer le sénatus-consulte Tertullien. Mais il ne s'en suit pas que la mère

soit exclue de la succession. Elle conserve la situation, qui lui est faite par le droit antérieur.

SECTION II

Du sénatus-consulte Orphitien ou de la succession des enfants à leur mère.

Le nouveau droit de succession établi par le sénatus-consulte Tertullien au profit de la mère, appelait une autre réforme. En effet, l'égalité n'existait plus entre l'enfant et la mère. Celle-ci était maintenant appelée au second rang dans la succession de son fils, au premier dans la succession de sa fille, tandis que l'enfant ne venait jamais que dans l'ordre des cognats, après tous les agnats, même du degré le plus éloigné, après la mère de sa mère, admise au rang des *legitimi* par le sénatus-consulte Tertullien. Le sénatus-consulte Orphitien, rendu sous le règne des empereurs Marc-Aurèle (1) et Commode, vers l'an 178 de notre ère, vint réparer cette iniquité. Le droit reconnu à la mère sur la succession de ses enfants, il l'accorda aux enfants sur la succession de leur mère. Ce fut une nouvelle conquête du droit naturel, sur le droit civil.

A la différence du Tertullien, le sénatus-consulte Orphitien, introduisit dans la législation une réforme géné-

1. Ulpien, tit. XXVI, par. 7. *de leg. hered.* Dans ce texte, Marc-Aurèle, fils adoptif d'Antonin, est désigné par son nom d'adoption. Comp. Institutes, princ. *De senat Orphit.* III, 4.

rale ; il ne se borna pas à consacrer un droit de privilège en faveur de certains enfants, il n'exigea pas la condition du *jus liberorum*. Le droit de succéder à sa mère, fut reconnu à tout enfant au premier degré (1), *sui juris* ou *alieni juris*, légitime ou naturel, même *vulgo conceptus* (Institutes, princ. et par 3, *De senat. Orphit.* III, 4). On exigea seulement les qualités d'ingénu et de citoyen romain (*Sentences de Paul*, par. 2 et 3, *ad senat. Orphit.* IV, 10).

Dans quel rang, le sénatus-consulte Orphitien, appelait-il les enfants de la défunte à l'hérédité ? Il les appelait au premier rang, avant tous les agnats, y compris les *consanguinei* eux-mêmes, le patron, et le père émancipateur (Institutes, princ. III, 4). « Les enfants ne formaient pas un ordre d'héritiers siens ; puisque la mère ne pouvait pas en avoir, mais ils en tenaient la place, étant appelés avant tous les autres (2). »

Remarquons de plus, que l'enfant appelé à la succession de sa mère, à la différence du *suus* appelé à l'hérédité paternelle, n'était pas héritier nécessaire ; il avait besoin de faire adition (*Sentences de Paul*, par. 4, *ad senat. Orphit.* IV, 10).

Dans le cas où la mère défunte laissait en présence de ses enfants sa propre mère, qui devait être préféré, des enfants ou de leur grand'mère ? Avant le sénatus-consulte Orphitien, la mère de la défunte, venant en

1. De même que le Tertulien n'accordait à la mère aucun droit sur la succession de ses petits enfants ; de même par réciprocité, le sénatus-consulte Orphitien n'accordait aucun droit aux petits-enfants sur la succession de leur aïeule.

2. Ortolan. *Institutes de Justinien*, tom. II, n° 1065.

qualité d'*heres legitima* en vertu du Tertullien écartait nécessairement les enfants, simples cognats. Mais, quand le sénatus-consulte Orphitien accorda aux enfants un droit à l'hérédité légitime de leur mère, la question de préférence dut s'élever. Cette question ne fut pas résolue par le sénatus-consulte. Il est probable, que dans l'espèce, le concours s'établissant directement entre la mère et l'enfant de la défunte, il y avait partage entre eux, l'une s'appuyant sur le sénatus-consulte Tertullien, l'autre sur le sénatus-consulte Orphitien (1).

Si au lieu de laisser seulement des enfants et sa mère, la défunte laissait des enfants, sa mère et en outre un frère consanguin, il résultait alors, de la combinaison des deux sénatus-consultes, que les enfants excluaient complètement leur grand'mère. En effet, le frère empêchait la mère de succéder en vertu du sénatus-consulte Tertullien, et comme il était lui-même exclu par les enfants, l'hérédité déferée à ces derniers par le sénatus-consulte Orphitien l'était sans concurrence (2).

Nous n'aurons plus rien à dire du sénatus-consulte orphitien, quand nous aurons fait remarquer, qu'il donnait aux enfants qu'il venait de créer héritiers, le droit de demander la *bonorum possessio unde legitimi*, comme tout autre héritier du droit civil (L. 2. § 4, D. *Unde legitimi* XXXVIII, 7). Mais il ne pouvait être question ici de la *bonorum possessio unde liberi*, car elle n'était accordée qu'aux descendants qui se trouvaient ou auraient pu se trouver sous la puissance du *de cuius*.

1. Accarias, *op. cit.*, tom. II, page 62.

2. Ducaurroy, *Institutes traduites et expliquées*, tom. II, p. g : 45.

SECTION III.

De quelques règles communes à la succession déférée par le sénatus-consulte Tertullien, et à la succession déférée par le sénatus-consulte Orphitien.

Les règles, dont nous voulons parler, constituent de profondes différences, entre les nouvelles successions légitimes établies par les deux sénatus-consultes, et celles qui avaient été primitivement organisées par la loi des Douze Tables. Elles sont au nombre de quatre :

1° Le sénatus-consulte Tertullien, et le sénatus-consulte Orphitien, de même que le droit prétorien, fondent les droits de succession qu'ils accordent l'un à la mère, l'autre aux enfants, sur la parenté naturelle, sur la cognation. D'où, ces conséquences ; que la mère succède à ses enfants *vulgo quæsitæ*, tout comme à ses enfants conçus dans le mariage (Institutes, §, 7, *De senat. Tertull.* III, 3), et que les enfants *vulgo quæsitæ* sont appelés à la succession de leur mère, absolument comme ses enfants légitimes (Institutes, § 3. *De senat. orphit.* III, 4). Dans les rapports entre la mère et ses enfants, les droits de succession attachés à la cognation sont les mêmes, que la filiation soit *justa* ou *non justa*, cette filiation étant également certaine dans les deux cas. Nous avons déjà critiqué cette assimilation trop absolue entre la parenté légitime et la parenté illégitime.

2° Le droit de succession établi par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, est tout à fait indépendant,

soit de la *capitis deminutio*, que le défunt aurait subi de son vivant, soit de celle qui aurait pu atteindre le successible (Institutes, §. 2. *De senat. Orphit.* 111, 4). Mais cette décision donnée par les Institutes, doit s'entendre seulement de la *minima capitis deminutio*. Bien que le texte parle de la *capitis deminutio* d'une façon générale, il est certain qu'il n'a pu avoir en vue ni la *media*, ni la *maxima capitis deminutio*, car la perte de la cité ou de la liberté, faisait disparaître le droit de laisser ou de recueillir une succession. Bien plus, la cité ou la liberté, venaient-elles plus tard à être recouvrées, les droits éteints ne revivaient pas. Ainsi les textes décident expressément, qu'aucun droit de succession n'existe entre la mère et l'enfant, dans l'hypothèse où cet enfant devenu esclave *jure civili* a été ensuite affranchi (*Sentences de Paul, ad senat orphit.* IV, 10, § 2. L. 1, §. 4, l. 2, §. 2. *ad senat. Tertull.* XXXIII, 17).

Ces décisions sont, il est vrai, contredites par un autre texte (L. 1, § 6, *cod. citato*), duquel il semble résulter que l'enfant, *rei capitalis damnatus, neque restitutus*, peut succéder en vertu du sénatus-consulte Orphitien. Mais la plupart des auteurs, notamment MM. Demangeat et Accarias sont ici d'accord pour admettre une interpolation des commissaires de Justinien. « Il est, en effet, impossible d'admettre, dit M. Accarias, qu'Ulpien professe dans le § 6 de la loi citée, tout le contraire de ce qu'il a nettement exprimé dans le § 4 de la même loi » (1).

3° Les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, sont affranchis de l'ancienne règle : « *In legitimis hereditatibus*,

1. *Op. cit.* tom II, page 67, note 2.

successio non est. » Cette règle signifiait qu'il ne pouvait pas y avoir de dévolution d'un degré à un autre dans le même ordre. Ainsi, sous l'empire de la loi des Douze-Tables, l'hérédité devant être dévolue au plus proche agnat, si celui-ci ne la recueillait pas, pour un motif quelconque, elle passait non pas à l'agnat du degré subséquent, mais aux *Gentiles*.

La règle *in legitimis hereditatibus successio non est*, avait déjà été rejetée par le droit prétorien dans la *bonorum possessio unde cognati* (1), avant de l'être par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien. De la disparition de cette règle, il résulte que les personnes qui sont préférées à la mère dans la succession de ses enfants, ne lui font plus obstacle qu'autant qu'elles viennent effectivement à la succession, et réciproquement, la mère ne fait obstacle à ceux qui viennent après elle, qu'autant qu'elle fait addition ou se fait donner la *bonorum possessio unde legitimi* (L. 2, § 20 et 21, D. *ad senat. Tertull.* XXXVIII, 17). De même, si l'enfant appelé par le sénatus-consulte Orphitien à l'hérédité de sa mère ne fait pas addition, l'hérédité est déférée en l'absence de tout autre enfant, qui viendrait *jure accrescendi*, au plus proche agnat de la défunte. Pour connaître ceux qui viennent au défaut de la mère à la succession de l'enfant, ou au défaut de l'enfant à la succession de la mère, ce n'est plus à l'ouverture de la succession *ab intestat* qu'il faut se placer, comme sous la loi des Douze-Tables, mais au moment, où la mère, ou l'enfant, répudient.

1. Au contraire, on décide généralement qu'elle avait continué de subsister dans les *bonorum possessiones unde liberi et unde legitimi*.

4° Les droits de succession établis entre la mère et ses enfants par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien étaient garantis par la *querela inofficiosi testamenti*. A l'époque classique, toute personne appelée à la succession *ab intestat*, soit par l'ancien droit civil, soit par le droit prétorien ou les constitutions impériales, a droit au quart des biens qui lui seraient revenus, en l'absence d'un testament, et c'est précisément ce droit que la *querela inofficiosi testamenti* a pour but de garantir. Supposons successivement, la mère omise dans le testament de ses enfants et les enfants omis dans le testament de leur mère, et recherchons quels sont dans ces deux cas les droits de la mère et des enfants.

I. — *Droits de la mère à l'encontre du testament de ses enfants.*

Des principes généraux de la *querela inofficiosi testamenti*, il résulte que la mère en qualité d'ascendante, a droit, dans le cas où ses enfants l'ont omise dans leur testament, au quart des biens qui auraient dû lui revenir *ab intestat*. Ce droit a sa raison d'être dans l'*officium pietatis*, dans la réciprocité d'affection qui doit unir un ascendant à son descendant. Il n'est nullement fondé sur une idée de co-propriété, car, lorsqu'il s'agit des rapports de succession entre la mère et ses enfants, cette idée de co-propriété n'a rien à faire. « Elle n'a plus de base, dès qu'il n'y a plus entre les personnes le lien civil de famille fondé sur la *potestas* (1). »

1. Boissonade. *Réserve héréditaire*, page 69.

La mère fait valoir son droit à la *quarte legitime*, au moyen de la *querela inofficiosi testamenti*, mais pour cela une condition est nécessaire; il faut qu'elle soit appelée à la succession en ordre utile.

Ainsi, avant le sénatus-consulte Tertullien, la mère succédant seulement dans l'ordre des cognats n'a droit d'agir, qu'en l'absence de *sui* ou de *legitimi*, car le droit prétorien faisait passer ces personnes avant les cognats. Depuis le sénatus-consulte, elle peut attaquer le testament de ses enfants, toutes les fois qu'elle n'est pas exclue par un *suus*, par le père du défunt ou par un *consanguineus*. Il suit de là, que si l'une de ces personnes est instituée, la mère n'aura pas le droit de se plaindre, car même en l'absence de testament, elle n'aurait pu prétendre à l'hérédité. — Si, au lieu d'instituer soit un *suus*, soit le père ou un *consanguineus*, le testament institue une sœur agnate du *decurus*, quel sera le droit de la mère? Dans ce cas, d'après le sénatus-consulte Tertullien, elle n'a droit qu'à la moitié de la succession, puis-qu'elle doit subir le concours des sœurs agnates du défunt. Elle ne pourra donc obtenir par la *querela inofficiosi testamenti*, que le quart de cette moitié (Ulpien. XXVI, § 8, *in fine*. — Institutes, III, 3, § 3).

Nous devons signaler ici une particularité relative à la matière des substitutions. Un père a institué son fils en lui désignant un substitué : « *filius heres esto; si filius post mortem meam impubes morietur, tunc Seius illi heres esto.* » C'est là une substitution pupillaire. Si le fils décède avant sa puberté, *Seius* le substitué recueillera sa succession. La mère, n'aura dans ce cas aucun droit à la

légitime, et par suite elle ne pourra pas exercer la *querela inofficiosi testamenti*. Cette particularité s'explique aisément. L'exclusion dont souffre la mère ne vient pas du fils, mais du père. *L'officium pietatis* qui est le fondement de la légitime n'a donc reçu aucune atteinte (L. 8. § 5, D. *De inof. test.* V, 2).

Supposons maintenant une substitution vulgaire : « *filium heres esto ; si filius heres non erit, tunc Seius heres esto.* »

Dans ce cas, il était d'usage de sous entendre en même temps une substitution pupillaire (L. 4, *princ.* D. XXVIII, 6). Le père était censé avoir dit : « *Si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius, heres esto.* » Alors, si le fils ne venait pas à l'hérédité paternelle, Seius la recueillait comme substitué vulgaire. Si au contraire, le fils survivait au père et mourait ensuite avant sa puberté, Seius recueillait l'hérédité du fils comme substitué pupillaire. (Gaius, II, §. 129 et 180. — Institutes, *princ. De pup. subst.* II, 16). Les héritiers légitimes devaient donc toujours être écartés par le substitué. Mais par faveur pour la mère, on avait admis une exception à cette règle. En effet, dans le cas où le père n'avait fait qu'une substitution vulgaire, si la mère survivante pouvait venir à la succession de son fils comme héritière légitime, elle ne se voyait point opposer la substitution pupillaire, sous entendue à l'égard de tous les autres. Le fils ayant survécu au père, la substitution vulgaire tombait ; s'il mourait lui-même impubère, comme il n'y avait pas de substitution pupillaire sous-entendue, la mère pouvait recueillir son hérédité. Plusieurs textes prouvent que

cette décision avait été généralement adoptée par la jurisprudence (L. 45, *princ.* D. XXVIII, 6. — L. 9, code, VI, 25. — L. 8, code VI, 26).

II. — *Droits des enfants à l'encontre du testament de leur mère.*

La mère n'est obligée ni par le droit civil, ni par le droit prétorien d'instituer ou d'exhérer ses enfants. Elle peut les omettre, et cette omission dans le testament de la mère équivaut à une exhérédation dans le testament du père : « *Silentium matris, tantum facit quantum exhereditio patris* » (*Institutes*, § 7, *De exher. liber.* II, 13). Mais, depuis, qu'une quarte légitime a été reconnue aux enfants, ceux-ci, peuvent dans tous les cas, où, en l'absence du testament ils seraient venus en ordre utile à la succession de leur mère, intenter la *querela inofficiosi testamenti*. Cette *querela*, comme celle qui appartient à la mère à l'encontre du testament de ses enfants, ne peut pas s'expliquer par une idée de copropriété. Elle est fondée sur l'*officium pietatis* et la réciprocité d'affection que doit engendrer la relation d'ascendant à descendant (1).

Avant le sénatus-consulte Orphitien, les enfants n'avaient pas souvent l'occasion d'intenter la *querela inofficiosi testamenti* contre le testament de leur mère. En vertu du droit civil, ils ne pouvaient agir que dans le cas où celle-ci, par la *conventio in manum* était devenue leur agnate ; car en l'absence de la *manus* ils demeuraient étrangers

1. Accarias, *op. cit.* tom. 1, page 889.

à la succession. En vertu du droit prétorien, n'étant appelés que dans l'ordre éloigné des cognats, ils ne pouvaient agir que dans les cas nécessairement fort rares, où aucun agnat ne les écartait. Depuis le sénatus-consulte Orphitien, les enfants étant préférés à tous les autres héritiers peuvent toujours attaquer le testament maternel par la *querela inofficiosi testamenti*.

CHAPITRE. III

DES MODIFICATIONS APPORTÉES AUX SÉNATUS-CONSULTES TERTULLIEN ET ORPHITIEN PAR QUELQUES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES ANTÉRIEURES AUX NOVELLES DE JUSTINIEN.

Les règles établies par le droit prétorien et les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, pour gouverner les rapports de succession entre la mère et ses enfants, n'étaient point définitives. Un immense progrès avait été sans doute réalisé. Les droits de la parenté naturelle étaient maintenant bien reconnus; mais l'ancien principe de la famille civile n'avait pas complètement disparu. L'agnation conservait une partie de son prestige, et un reste des vieilles croyances aristocratiques, faisait tenir encore à l'idée de la conservation des biens dans les familles.

L'avènement du christianisme vint activer les réformes, dans un sens de plus en plus favorable au droit naturel. Les empereurs chrétiens poursuivirent sans relâche, l'œuvre de régénération du droit commencée sous l'influence des idées de la Grèce et de la philosophie stoïcienne. Rompant avec les traditions de l'ancien droit, ils fondèrent peu à peu, sur les principes nouveaux apportés par le christianisme une nouvelle organisation de la famille. Avec cette organisation, la mère et tous les parents naturels virent augmenter leurs droits.

En passant en revue, toutes les modifications successives, que les constitutions impériales ont fait subir aux rapports de succession entre la mère et ses enfants, nous allons voir la législation s'efforcer de donner aux parents par le sang, la place que la nature leur assigne dans la famille, et se réaliser progressivement, dans la matière des successions *ab intestat*, le principe de l'égalité entre le père et la mère.

SECTION I.

Modifications apportées au Sénatus-consulte Tertullien.

La première modification que nous devons signaler, date d'une constitution de l'empereur Sévère, qui nous a été conservée par Ulpien et Modestin en ces termes : « *Quæ mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve, non confestim aliorum nomina dederit, jus non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum* (L. 2, § 2. D. XXVI, 6.).

Depuis l'empereur Sévère, la mère est obligée de requérir pour ses enfants impubères la nomination d'un tuteur, sous peine de perdre les droits spéciaux de succession, que lui concédait le sénatus-consulte Tertullien. Cette obligation, et la déchéance qui la sanctionne sont étudiées avec beaucoup de détails par Ulpien (L. 2. § 23 à 47, *ad senat. Tertull.* XXXVIII, 17). Nous ne retiendrons que les points suivants : La mère n'est pas tenue de faire nommer un curateur à ses enfants pubè-

res, car ceux-ci peuvent eux-mêmes en solliciter la nomination. En second lieu, l'obligation de faire nommer un tuteur à ses enfants impubères n'est imposée qu'à la mère, majeure de vingt cinq ans au moment où la nomination aurait dû être provoquée (L. 2, code. II, 35). Si elle est mineure, étant elle-même dans ce cas incapable de gérer ses propres affaires, elle ne peut être forcée de veiller à l'administration des biens de ses enfants.

La mère, doit non seulement provoquer la nomination d'un tuteur, mais encore veiller à ce que le premier tuteur soit remplacé s'il vient à mourir, à être destitué, ou excusé (L. 2. § 23, *loco citat.*)

Elle doit désigner elle-même au magistrat, des personnes présentant toutes les garanties de solvabilité et d'honorabilité, « *idoneos* ». Si le magistrat choisit un tuteur indigne sur le conseil de la mère, celle-ci est privée du bénéfice du Tertullien « *Mutris punimus consilium* », dit Ulpien (4. 2. § 34. *loc. citat.*).

La mère doit remplir ces obligations le plus tôt possible, au plus tard dans le délai d'un an après la mort du père (*Institutes*, § 6, *De senat. Tertull.* III, 3.), à moins que des circonstances particulières ne justifient son retard. Par exemple, Ulpien croit qu'elle est excusable de n'avoir pas fait nommer de tuteur dans le cas où l'enfant est insolvable, car, en le laissant *indefensus*, elle lui a rendu un service; elle a empêché les poursuites des créanciers « *ut minus inquietetur* » (L. 2. § 26 et 45, *loc. cit.*). De plus, si l'enfant meurt pubère, sans l'avoir exhéredée, elle est relevée de la déchéance qu'elle a encourue. On

présume alors que sa négligence lui a été pardonnée. L'enfant aurait pu punir lui-même sa mère en instituant à son préjudice un héritier testamentaire. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'il a voulu lui laisser sa succession (L. 3, Code, VI, 56).

Remarquons, que la déchéance qui atteint la mère, « *qui tutores idoneos non petiit* » ne s'applique pas seulement aux droits établis en sa faveur par le sénatus-consulte Tertullien, mais encore à ceux dont elle aurait pu se prévaloir d'après le droit prétorien (*Institutes*. § 6. III. 3).

La disposition que nous venons d'analyser, n'était pas favorable à la mère, puisqu'elle établissait contre elle une déchéance, dont ne parlait pas le sénatus-consulte Tertullien. Les constitutions dont nous allons maintenant nous occuper tendent toutes, au contraire, à augmenter ses droits dans la succession de ses enfants. Elles émanent de Constantin, de Valentinien et Valens, de Théodose et Valentinien III, et enfin de Justinien.

I. — Constantin, par une constitution de l'année 321, (L. 1, *code Théod.* V. 1) modifia les droits de la mère, lorsqu'elle se trouvait en présence d'agnats autres que des frères ou sœurs. Deux hypothèses doivent être envisagées :

A. — La mère avait devant elle des agnats, autres que les oncles paternels du défunt et leurs descendants au premier et second degré. — Dans ce cas, sans avoir à distinguer si elle était ou non investie du *jus liberorum*, elle passait désormais la première, c'était là une profonde atteinte portée au droit traditionnel des agnats.

B. — La mère avait devant elle, des oncles paternels

ou leurs descendants au premier et au second degré.

Alors, était-elle *non liberis honorata*, au lieu d'être exclue complètement comme il était décidé par la législation antérieure, elle prenait un tiers de la succession. Était-elle au contraire investie du *jus liberorum*, au lieu de prendre toute la succession, comme elle en avait le droit d'après le sénatus-consulte Tertullien, elle devait céder un tiers aux oncles et à leurs enfants et petits-enfants.

Par cette dernière disposition, la constitution de Constantin, faisait à la mère *liberis honorata* une situation moins avantageuse que celle qu'elle avait auparavant. En revanche, les dispositions précédentes étaient favorables à la mère *non liberis honorata*, puisqu'elles lui permettaient d'exclure en sa seule qualité de mère, certains agnats. Cette particularité montre bien l'hésitation qui marque les réformes des premiers empereurs chrétiens. D'un côté, ils veulent consacrer le droit naturel de la mère, et lui enlever le caractère de privilège, que lui donnait la condition du *jus liberorum*. D'autre part, ils sont retenus par le respect que leur inspire encore l'agnation, et les institutions de l'ancien droit. D'où la combinaison bâtarde à laquelle s'est arrêté Constantin. A l'encontre de certains agnats éloignés la vocation héréditaire de la mère est reconnue de la façon la plus complète ; la condition du *jus liberorum* est supprimée. Mais en face des agnats plus rapprochés, les oncles et leurs descendants, alors même que l'agnation aurait cessé d'exister entre eux et le *decujus* au moment de la mort de ce dernier, la mère n'a plus des droits aussi étendus. Elle ne peut prendre que les deux tiers de la succession si

elle est *liberis honorata*, le tiers seulement, si elle est *non liberis honorata*. Le *jus liberorum* conserve donc ici une partie de son importance.

II. — Constantin n'avait modifié en rien les droits successoraux de la mère en présence des frères et sœurs. Ce fut une constitution des empereurs Valentinien et Valens, de l'année 369 (L. 2, code théod. V-1), qui innova sur ce point. Les frères sont-ils restés agnats, ils continuent à exclure la mère pour le tout. Ont-ils été émancipés, au lieu d'être exclus par elle, comme autrefois, ils prennent un tiers de la succession si la mère est investie du *jus liberorum*, les deux tiers si elle est *non liberis honorata*. On ne voulut pas que les frères émancipés fussent traités avec moins de faveur que les oncles et leurs descendants sortis de la famille.

La situation de la mère vis-à-vis des sœurs du *decujus* ne change pas, et là apparaît bien encore l'utilité du *jus liberorum*. *Tribus liberis honorata*, elle leur enlève une moitié de la succession. Sans enfants, elle est primée par elles.

III. — Une nouvelle réglementation est introduite en 420, par une constitution de Théodose et Valentinien III (L. 7, code théod. V-1).

La mère continue à exclure tous les agnats plus éloignés que les oncles, leurs enfants et petits-enfants. Mais dans le concours avec ces derniers, une part plus large lui est faite. On ne s'attache plus du tout à l'existence du *jus liberorum*. Dans tous les cas, la mère recevra les deux tiers de la succession.

Si le concours s'établit entre la mère et des frères du

de cujus, il faut toujours distinguer : Si les frères sont agnats, ils recueillent la totalité de la succession, la mère est exclue. S'ils sont émancipés, ils ont, abstraction faite encore du *jus liberorum*, droit à un tiers de l'hérédité. La mère prend les deux autres tiers, comme lorsqu'elle se trouve en concours avec les oncles et leurs enfants ou petits enfants.

Le droit antérieur est maintenu en ce qui concerne les sœurs consanguines. La mère *liberis honorata* leur enlève la moitié de la succession (Loi 8. *code théod.* v-1). En définitive, la constitution de Valentinien III, ne faisait pas encore disparaître complètement l'importance du *jus liberorum*, car elle ne touchait pas à la situation de la mère en présence des frères et sœurs consanguins non-émancipés, hypothèse dans laquelle le droit antérieur continuait à s'appliquer.

IV. — Tels étaient les droits successoraux de la mère, à l'avènement de Justinien. Exclue dans l'ordre des *legitimi*, par les frères agnats non émancipés, elle prend les deux tiers avec les frères émancipés, partage par moitié avec les sœurs consanguines, si elle a le *jus liberorum*, prend les deux tiers avec les oncles paternels et leurs descendants jusqu'au deuxième degré et exclut tous les agnats plus éloignés.

« L'équité avait certainement avancé dans ces lois ; néanmoins, elle se débattait encore en pénibles tiraillements avec la superstition de l'agnation, du *jus liberorum* et de l'émancipation, débris vénérés de systèmes dont le sens primitif s'était perdu. Justinien comprit que ces ruines n'étaient qu'un embarras. Il en déblaya

« le terrain du droit naturel par deux mémorables constitutions de l'année 528 (1). »

Dans la première, il supprime tout à fait le *jus liberorum*. Dans la seconde, il règle à nouveau les droits de la mère dans la succession de ses enfants. Entrons dans les détails de ces deux constitutions.

Justinien voulut d'abord que la mère fut appelée à la succession de ses enfants, indépendamment de leur nombre, et pour cela, il commença par supprimer, comme une institution contraire à l'équité, le *jus liberorum*. « *Il-
« lam injuriam, quæ contra matrem defuncti, vel defunc-
« tæ præteritis fiebat temporibus, pro justitiæ ratione am-
« putavimus, et legitima jura quæ in Tertulliano senatu-
« consulto ei præstantur, omnimodo eam habere sancimus:
« licet tres liberos ingenua, vel libertina quatuor, minime
« pepererit* (L. 2. code, VIII, 59). »

Plus tard, dans les Institutes, (§ 4. *De senat. Tertull.* III, 3) il compléta sa pensée dans les termes suivants :
« Prenant en considération les sentiments naturels, les
« labeurs de l'enfantement, le péril et parfois même la
« mort qui en résulte pour les mères, nous avons cru
« devoir venir à leur secours ; et il nous a paru dur de
« faire tourner contre elles, une circonstance toute for-
« tuite. Si en effet, une femme ingénue n'avait pas eu au
« moins trois enfants, et une affranchie au moins quatre,
« elle était injustement frustrée de la succession de ses
« enfants. Mais était elle donc reprehensible pour n'être
« pas devenue mère un plus grand nombre de fois ? Nous

1. Troplong, *Influence du christianisme sur le droit romain*, page 340.

« avons donc pleinement accordé le droit de succession
« légitime aux mères, soit ingénues, soit affranchies, et
« bien qu'elles n'aient mis au monde, ni trois, ni quatre
« enfants, mais seulement celui, ou celle que la mort
« vient de leur enlever, elles lui succéderont. »

Nous devons mentionner ici une controverse célèbre. Il existe au code Théodosien, une constitution qui pourrait faire croire que le droit que nous venons de reconnaître à la mère, ne lui aurait pas été accordé par Justinien, mais bien avant lui, par Honorius et Théodose-le-Jeune. Cette constitution est ainsi conçue : « *Nemo posthac a nobis jus liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus* (L. 3. Code theod. VIII. 17). »

Il semble résulter de la généralité de ce texte que le *jus liberorum* devient pour l'avenir complètement inutile, puisqu'il est concédé à tous, d'une façon générale, d'après les termes mêmes de la constitution. Mais, si l'on admet cette interprétation, il est impossible de comprendre, ce que vient faire plus d'un siècle après, la constitution de Justinien, que nous avons reproduite, et de laquelle, il résulte bien, que cet empereur, en accordant à la mère le droit de succéder à ses enfants, quel que fût leur nombre, a voulu faire une innovation.

Cujas (1) et Godefroy (2) ont d'ailleurs donné de cette difficulté une explication qui nous paraît pleinement satisfaisante. D'après ces auteurs, la concession du *jus liberorum*, contenue dans la constitution d'Honorius et de Théodose n'aurait été faite, malgré sa généralité appa-

1. *Cujaci opera*, tom. VIII, page 1034.

2. *Comm. des lois*, 2 et 3, liv. VIII, tit. XVII au code théod.

rente qu'au point de vue de la capacité entre époux, le système du sénatus-consulte Tertullien demeurant intact. On sait en effet, que la capacité entre époux était régie par la loi papienne d'une manière particulière, et qu'elle dépendait de la jouissance d'un *jus liberorum* spécial, appelé *jus liberorum communium*. Quand l'empereur Constantin supprima les peines portées contre le célibat et l'*orbitas*, il ne toucha pas aux dispositions des lois papiennes relatives à la capacité entre époux, non dans le but de sévir contre la stérilité, mais pour prévenir les captations entre époux. Ce ne fut qu'un siècle plus tard que fut abrogée cette partie de la législation caducaire. Et c'est précisément à cette abrogation que se réfère la constitution d'Honorius et de Théodose. Ces empereurs ont voulu seulement supprimer le *jus liberorum* en ce qui concernait la *solidi capacitas inter virum et uxorem*; mais ils n'ont pas entendu concéder à tous les citoyens le *jus liberorum* pris dans son sens général.

Outre que cette explication donnée par Cujas et Godefroy concilie parfaitement les deux constitutions de Théodose et de Justinien, elle est singulièrement fortifiée par l'étude attentive et le rapprochement des textes. Il faut remarquer, en effet, que la loi 3, au code Théodosien, liv. VIII, tit. 17, qui accorde à tous le *jus liberorum*, est immédiatement précédée d'un fragment de loi, la loi 2, prononçant l'abolition des lois décimaires, et donnant aux époux la pleine capacité de se faire des libéralités, alors même qu'ils seraient sans enfants. Or cette dernière loi porte la même date et est adressée au même magistrat que la première. Il est donc permis de conclure que les deux

dispositions du code Théodosien, dont l'une, la loi 2, prononce l'abolition des lois décimaires, et l'autre, la loi 3 porte concesssion du *jus liberorum*, faisaient à l'origine partie de la même loi : qu'elles ont été séparées par erreur par les rédacteurs du code Théodosien, imités en cela par ceux de Justinien ; mais que pour en saisir la portée, il faut les combiner. Les lois décimaires, restrictives de la capacité entre époux, étant abolies, les empereurs Honorius et Théodose, tirant la conséquence de cette abrogation, ont déclaré désormais inutile, la concesssion du *jus liberorum*, tel qu'il était entendu sous ce rapport, c'est-à-dire du *jus communium liberorum*.

D'ailleurs, rien de moins défini, que l'expression *jus liberorum*. Il semble résulter des textes et notamment du titre d'Ulpien, *de solidi capacitate inter virum et uxorem*, (tit. XVI), que l'expression *jus liberorum*, employée seule, désignait proprement la capacité complète entre époux. Cujas fait remarquer, qu'Isidore de Séville (orig. liv. 5, chap. 14) parle à ce propos seulement du *jus liberorum*, et qu'il réserve pour les autres applications de ce droit les expressions *jus trium vel quatuor liberorum*.

Pour toutes ces raisons, nous déciderons donc sans hésiter, que la vocation héréditaire de la mère, demeura jusqu'à Justinien, subordonnée dans une certaine mesure à la condition du *jus liberorum*. Ce fut cet empereur, qui acheva la destruction des lois caducaires, et qui le premier dispensa la mère du nombre d'accouchements exigé jusque-là, pour qu'elle pût recueillir la succession de ses enfants.

Après avoir supprimé toutes les anciennes distinctions

du *jus liberorum*, et accordé à toutes les mères des droits égaux, Justinien se préoccupa de déterminer leur rang dans la succession de leurs enfants. Ce fut l'objet de la deuxième constitution de l'an 528 (L. 7, code, VI, 56) que nous avons déjà mentionnée.

Cette constitution, ne laissant subsister aucune différence entre l'agnation et la cognation, dispose que la mère exclura désormais, tous les collatéraux, autres que les frères et sœurs. En présence de frères, venant seul, ou avec des sœurs, la mère prendra seulement une part virile (Institutes § 5. *De senat*, *Tertull.* III, 3). Si elle est en concours avec des sœurs qui arrivent seules, elle prendra la moitié de la succession, l'autre moitié devant se partager entre toutes les sœurs.

Lorsque le père survit également, sa présence amène une dévolution différente. Les frères et sœurs ont alors toute la succession en nue-propriété, plus un tiers de l'usufruit. Les deux autres tiers de l'usufruit se divisent par égales portions entre le père et la mère.

Dans le cas spécial où le père survivant avait émancipé le *de cujus*, une constitution de l'année 529 (1) ayant accordé au père émancipateur, de plein droit, l'usufruit de la moitié des biens appartenant à l'enfant lors de l'émancipation, une difficulté se présentait:

Supposons qu'au jour du décès de l'enfant, son patrimoine soit resté le même qu'au jour de l'émancipation. L'application littérale de la loi 7, *ad senat. Tertull.* au code (VI, 56), aurait conduit à décider ici, qu'à raison de la survie de la mère, le décès de l'enfant réduisait les

1. L. 6, p. 3, code, VI, 61.

droits antérieurement acquis au père. Avec M. Accarias (1), nous pensons que ce résultat ne doit pas être accepté. Dans aucun cas, on ne pouvait supprimer, ni diminuer le droit d'usufruit qui compétait au père émancipateur. Ce droit était absolument en dehors de toute vocation héréditaire. La loi 7, qui appartient à l'année 528 a été virtuellement modifiée sur ce point, par la constitution de 529 précitée, et en conséquence, elle ne s'applique à l'égard du père qu'autant que le tiers des biens laissés par l'émancipé, est au moins égal à la moitié des biens qu'il avait au jour de l'émancipation.

Nous avons dit que les frères se trouvant en présence de la mère, prenaient une part virile, et que les sœurs, si elles venaient seules, lui enlevaient une moitié de la succession. Si au lieu de supposer le père prédécédé et la mère survivante, nous supposons la mère prédécédée, et le père survivant, les droits des frères et sœurs sont beaucoup moins étendus. Dans ce cas l'usufruit de la succession tout entière appartient en effet au père (L. 13, Code VI, 58).

Nous avons dit, en outre, que dans le cas où les frères et sœurs se trouvaient à la fois en concours avec le père et la mère, ces derniers se partageaient l'usufruit des deux tiers de la succession, l'usufruit du surplus restant aux frères et sœurs.

Il résulte de là, d'une part, que les frères et sœurs du défunt, gagnent pécuniairement à n'avoir pas perdu leur mère, et que d'autre part, quand la mère survit, le père ne recueille même pas la moitié de ce qu'il aurait en sup-

1. *Op. cit.*, tome II, page 64, note 2.

posant la mère prédécédée. M. Accarias explique cette décision de la manière suivante : « La mère, dit-il, doit régulièrement concourir avec les frères et sœurs. Mais ceux-ci priment le père, et le père prime la mère. Justinien tranche le conflit de ces différents droits par une sorte de transaction. »

Pour que les règles que nous venons d'exposer s'appliquent, il faut toujours supposer que le *de cujus*, ne laisse aucun enfant pouvant réclamer la *bonorum possessio unde liberi*, pas même un enfant sorti de la famille et adopté par un étranger ; car ce dernier, bien qu'il fut *in adoptiva familia*, exercerait à l'égard de son père les droits d'héritiers siens (*Institutes*, § 14, III, 1) et exclurait complètement la mère.

La constitution de Justinien ne réglait les droits de la mère, que pour le cas où elle se trouvait en concours soit avec des frères et sœurs du *de cujus* seulement, le père étant prédécédé, soit à la fois avec des frères, des sœurs et le père du *de cujus*. Mais bien d'autres hypothèses étaient possibles, dans lesquelles il semble que le droit antérieur soit resté applicable. Ainsi :

1° — *Le défunt laisse son père et sa mère, sans frères, ni sœurs.*

Si le père a la qualité de *manumissor*, il exclut la mère. L'ancien droit est conservé pour lui, dit la loi 2, au Code *ad senat. Tertull.* VI, 56. S'il n'a pas la qualité de *manumissor*, il devra subir le concours de la mère, selon le principe de la *bonorum possessio unde cognati*. Cette *bo-*

norum possessio est en effet toujours restée en vigueur, et produit les mêmes effets qu'autrefois.

Au contraire, la *bonorum possessio unde decem personæ* également accessible à la mère, qui était l'une des dix personnes préférées au *manumissor extraneus*, avait disparu. Elle n'avait plus de raison d'être (*Institutes*, § 5, III, 9), car l'émancipation ne se faisant plus par des mancipations, mais par rescrit (1), ou par déclaration devant le magistrat, l'émancipateur ne pouvait être que le père ou un ascendant paternel.

2° — *L'enfant meurt, laissant son père, sa mère, et en outre un aïeul émancipateur.*

Cette hypothèse, n'étant pas plus que la première prévue par Justinien, le droit ancien doit s'appliquer. Le père est exclu, et la mère, se trouvant en face du *manumissor* l'écarte à son tour en invoquant le sénatus-consulte Tertullien. C'est ce qui résulte *a contrario*, de la loi 2, au Code, *ad senat. Tertull. loc. cit.*, qui ne préférant à la mère, à titre d'émancipateur, que le père seul, donne à entendre que l'aïeul est exclu.

3° — *L'enfant meurt, laissant en même temps que ses père et mère, un agnat autre que frère ou sœur.*

Nous croyons qu'ici encore, rien n'autorise à abandonner l'ancienne théorie. L'agnat servira comme autrefois à exclure le père, de manière à laisser arriver la mère.

1. Cette forme avait été introduite par l'empereur Anastase (L. 6, Code VIII, 49).

Dans toutes les explications que nous avons données jusqu'à présent, nous avons toujours supposé qu'il s'agissait de la succession d'un enfant décédé *sui juris*. Nous n'avons pas eu à nous occuper de la succession d'un enfant mort en puissance, car les fils de famille, incapables de rien acquérir pour eux-mêmes, ne pouvaient par suite avoir un patrimoine, ni laisser une hérédité. Mais à l'époque où nous sommes arrivés, cette vieille règle n'existe plus. Sans avoir à faire ici l'histoire complète des pécules successivement reconnus aux fils de famille, nous devons cependant entrer dans quelques détails.

Auguste le premier, accorda aux fils de famille la propriété de tout ce qu'ils avaient gagné ou reçu à l'occasion du service militaire. Ce fut le *peculium castrense*. Toutefois, la propriété de ce pécule ne leur fut pas reconnue d'une façon complète. Adrien, leur permit bien d'en disposer expressément par testament, mais ils ne pouvaient en disposer tacitement sous forme de succession *ab intestat*. A défaut de testament, les biens passaient au père de famille *jure peculii*, disent les textes, et non *jure hereditario*.

Après le *peculium castrense*, vint le pécule *quasi-castrense*, créé par Constantin en l'année 321, pour les fils de famille qui occupaient un office ou un emploi dans le palais de l'empereur, et comprenant soit les économies qu'ils avaient pu réaliser sur leur traitement, soit les dons à eux faits par le prince (L. unic., code XII, 31). Les fils de famille avaient sur ce pécule une propriété encore moins complète que sur le pécule *castrense*; ils ne pouvaient

même pas, du moins avant Justinien en disposer par testament.

Constantin décida aussi que tous les biens provenant à un fils ou une fille de famille de la succession testamentaire ou légitime de sa mère, lui demeureraient propres. Ce furent les *biens adventices*. Plus tard, les empereurs Honorius et Arcadius firent entrer, dans cette classe des biens adventices, tous les biens provenant à un titre gratuit quelconque, soit de la mère, soit des autres ascendants maternels. Les biens adventices ne pouvaient pas d'ailleurs, plus que les précédents, faire l'objet d'une hérédité *ab intestat*.

Il faut arriver aux empereurs Théodose et Valentinien pour trouver une dérogation à la règle d'après laquelle l'aptitude à laisser une succession légitime est refusée aux fils de famille. Ces empereurs en décidant que les biens adventices comprendraient désormais, outre les *bona materna*, les dons et legs faits par le conjoint ou le fiancé, et plus généralement, les *lucra nuptialia*, admirent en même temps, qu'à la mort du fils de famille, ces *lucra nuptialia* formeraient une véritable hérédité *ab intestat*, et à ce titre passeraient d'abord aux descendants, et à leur défaut seulement, au père ou à l'aïeul, l'usufruit appartenant dans tous les cas au *paterfamilias* (L. 3, Code, VI, 61).

Quelques années plus tard, en 429, les empereurs Léon et Anthemius, modifièrent les règles de cette succession exceptionnelle en faisant passer avant le père, outre les descendants, les frères et sœurs germains, puis les utérins et les consanguins (L. 4, Code, VI, 61).

Jusque-là, il n'apparaît pas que les empereurs se soient

occupés des droits de la mère dans la succession de son fils décédé en puissance. Justinien après avoir décidé que les biens qui ne sont ni *castrensia*, ni *quasi-castrensia*, et que l'enfant ne doit pas à la libéralité de son père, feraient partie des biens adventices (LL. 1 et 5, Code VI, 61), généralisa les règles exceptionnelles qui s'appliquaient aux *lucra nuptialia* (L. 6, page 1, Code, VI, 61).

A partir de ce moment, tous les biens qu'un fils de famille acquiert *aliunde quam ex re patris* (L. 11, code VI, 59), lui constituent un patrimoine et peuvent alors même qu'il décède en puissance faire l'objet d'une hérédité.

Bien plus, Justinien, reconnut à la mère des droits à cette hérédité. Quand il régla à nouveau, par les deux constitutions que nous avons étudiées plus haut, les droits de la mère dans la succession d'un *sui juris*, il fut amené naturellement à lui faire aussi sa part dans la succession d'un fils de famille (L. 7, § 1, code, VI, 56). La dévolution se faisait de la manière suivante : Les descendants du fils de famille décédé étaient appelés en premier lieu. A défaut de descendants, si le *de cujus* laissait outre son *paterfamilias*, sa mère et des frères et sœurs, le père avait droit à l'usufruit de la totalité de la succession (1) et la mère prenait en nue propriété une quote-part égale à celle qu'elle aurait eue en pleine propriété si l'enfant était mort *sui juris*, c'est-à-dire une part virile s'il y avait des sœurs ou seulement des frères, une moitié s'il n'y avait que des sœurs.

S'il n'y avait ni frères ni sœurs, mais seulement le

1. Durant la vie de son fils, le père avait déjà cet usufruit, *jure peculii*.

père en concours avec la mère, nous pensons qu'il faut conclure du silence de Justinien sur ce point, que la mère n'avait absolument rien à prétendre. Toute la succession était pour le père. Cette décision semble bien d'ailleurs résulter du principe général posé, au commencement du § 1^{er} de la loi 7, (*loc. cit.*) : « *quia persona patris interveniens, matris jura superare videtur.* » (1)

Les droits de la mère, s'exerçaient sur tout le patrimoine du fils de famille, même sur les pécules *castrense* et *quasi-castrense*, avec cette différence toutefois, que le père ne pouvait élever aucune prétention sur un usufruit qu'il n'avait pas eu du vivant de son fils. Il existe bien au Digeste un texte ainsi conçu : « *Si filius familias miles, non sit testatus, de his quæ in castris adquisierit, an ea ad matrem pertineant videndum est; sed non puto.* » (L.10, princ. D. *Ad senat. Tertull.* XXXVIII, 17). Mais ce texte, qui est de Pomponius, se réfère à une époque où le fils de famille ne pouvait encore rien transmettre par voie d'hérédité *ab intestat* (2).

SECTION II

Modifications apportées au sénatus-consulte Orphitien.

Dans la section précédente, nous nous sommes étendus longuement sur les modifications successives apportées

1. Il n'y a pas à supposer la mère en concours avec les frères et sœurs seulement sans *paterfamilias*. Puisqu'il s'agit de la succession d'un fils de famille, le *paterfamilias* doit nécessairement exister.

2. Pomponius vivait en effet sous Antonin le Pieux.

au sénatus-consulte Tertullien. Celles qui furent apportées au sénatus-consulte Orphitien nous occuperont moins longtemps. Les droits des enfants dans la succession de leur mère, sont en effet demeurés, jusque dans le dernier état du droit romain, soumis aux règles établies par ce sénatus-consulte. A peine avons-nous à signaler quelques innovations de détails.

I. — Le texte du sénatus-consulte Orphitien n'accordait aucune préférence aux enfants sur la mère de leur mère défunte, qui pouvait invoquer le sénatus-consulte Tertullien. Il gardait le silence sur ce point, et nous en avons conclu qu'il devait y avoir partage. Des constitutions impériales vinrent modifier cette règle, en décidant que désormais la préférence serait accordée aux enfants (Institutes, par. 3, 2^e ph. III, 3).

II. — Le sénatus-consulte Orphitien n'appelait à l'hérédité légitime de la défunte que ses descendants au premier degré. Les petits-enfants ou arrière-petits-enfants ne succédaient pas en vertu du sénatus-consulte à leur grand'mère ou arrière-grand'mère ; ils continuaient d'être exclus par les agnats. Une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (L. 4, code théodosien, V. 1, L. 9, code, VI, 55) les admit à succéder, mais sous la déduction d'un quart en faveur des agnats.

Justinien alla plus loin. Il permit aux descendants à quelque degré qu'ils fussent, de recueillir l'hérédité toute entière de leur ascendante (L. 12, code, *de suis et leg.*).

III. — L'enfant né en esclavage, quoique ayant une mère certaine, ne lui succédait pas d'après le sénatus-consulte Orphitien. La *cognatio servilis*, comme nous

l'avons déjà fait remarquer, ne pouvait pas servir de base à un droit de succession. Justinien supprima la condition de l'ingénuité, et décida que l'enfant né en esclavage pourrait recueillir la succession de sa mère, à la condition d'avoir été affranchi avant l'ouverture de la succession (Institutes, par. 10, *de grad. cogn.* III, 6; L. 4, code, VI, 4).

IV. — En ce qui concerne les enfants illégitimes, le principe fut toujours, qu'ils étaient assimilés au point de vue de leurs droits de succession vis-à-vis de leur mère, aux enfants légitimes. Toutefois, nous devons mentionner deux dérogations à ce principe, l'une relative aux enfants adultérins et incestueux, l'autre aux enfants naturels simples.

1^o Une constitution des empereurs Arcadius et Honorius, donnée à Constantinople en l'an 306, faisant pour la première fois une distinction, entre les enfants naturels simples, et les enfants adultérins ou incestueux, déclara ces derniers absolument incapables de rien recueillir *ab intestat* soit de leur père, soit de leur mère (L. 6, Code V, 5). Cette incapacité fut sans doute maintenue par Justinien, car nous voyons dans la Nouvelle 89, que cet empereur poussa la rigueur contre les enfants issus d'unions criminelles, jusqu'à leur refuser le droit aux aliments. « *Illi nulla clementia, nec alendus a parentibus.* »

2^o Une constitution de Justinien (L. 5, Code, *ad senat. orph.*), supprima dans un cas, le droit reconnu aux enfants naturels simples de succéder à leur mère. Lorsqu'une femme *illustris* venait de mourir, laissant à la fois des enfants légitimes et des *spuri*, ceux-ci étaient frappés

d'une incapacité absolue de recueillir aucune partie des biens de la succession, soit par testament, soit *ab intestat*. La raison donnée par la constitution était qu'aux femmes *illustribus, castitatis observatio præcipuum debitum erat.* » Cette raison n'était guère sérieuse, dans une législation qui admettait toujours la certitude de la maternité. Mais en n'appelant à la succession de la matrone de haut rang que les enfants issus du mariage, Justinien consacrait dans une certaine mesure la maternité légitime, et la distinguait de la maternité illégitime.

CHAPITRE IV

DES RAPPORTS DE SUCCESSION ENTRE LA MÈRE ET SES ENFANTS D'APRÈS LES NOVELLES DE JUSTINIEN

Les réformes successives que nous avons étudiées, avaient profondément modifié le système des successions *ab intestat*, au profit de la parenté naturelle. Plus spécialement, les rapports de succession entre la mère et ses enfants avaient été sensiblement améliorés ; la cognation se trouvait à peu près mise sur le même rang que l'agnation du droit civil. Mais le système successoral, tel qu'il résultait des deux constitutions de Justinien de l'année 528 n'était encore qu'une transaction entre le droit ancien et l'esprit nouveau, qui prenait surtout ses inspirations du droit naturel. Par suite, il présentait bien des anomalies, et des injustices, notamment dans la ligne ascendante, l'exclusion de la mère par le père, dans certains cas. Aussi Justinien, fatigué des entraves que lui suscitaient les préjugés du temps passé, brisa-t-il d'un seul coup toutes ces réformes stériles. En 543, par la célèbre Nouvelle 118, « il « établit un système simple, logiquement coordonné, pres-
« qu'en tout conforme à l'ordre régulier de nos affections
« naturelles (1). »

« Ce système, dit encore M. Troplong, est fondé sur les

1 Accarias, *op. cit.*, tome II, page 139.

lois de la nature ; le degré de l'affection entre parents règle désormais l'ordre des successibles. Ce n'est plus le lien de la puissance qui sera compté ; c'est le lien du sang. Le principe aristocratique disparaîtra devant l'égalité naturelle ; dans sa chute, il entraînera la ruine complète des préférences agnatiques. La parenté utérine sera aussi sacrée que la parenté consanguine ; il y aura des parents ; il n'y aura plus d'agnats (1). »

Donc, Justinien, par la Nouvelle 118, fonde tout le droit de succession sur le lien du sang et la proximité du degré, qui forment encore la base du système successoral moderne. Après avoir répudié, toutes les anciennes distinctions entre les sexes, entre les *sui juris* et les *alieni juris*, entre les agnats et les cognats, entre les émancipés et les non-émancipés ; après avoir en un mot, abrogé toutes les lois antérieures (2), la Nouvelle 118, consacrant le vœu de la nature, et distribuant l'hérédité selon l'ordre présumé des affections, distingue trois classes de successibles : les descendants, les ascendants, les collatéraux.

L'ordre des descendants est appelé en première ligne. L'affection, en effet, descend plutôt qu'elle remonte.

A défaut de descendants, les ascendants sont appelés, sans que la paternité ait aucune prééminence sur la maternité. S'ils sont en présence de frères et de sœurs, ils subissent leur concours ; mais il écartent tous les autres collatéraux.

A défaut d'ascendants, la succession arrive à la ligne collatérale.

1. Troplong, *op. cit.* deuxième partie, chapitre IX.

2. Nouvelle 118, *Præfatio*.

Tel est, résumé aussi brièvement que possible, le système successoral de la nouvelle 118, que M. Accarias ne craint pas d'appeler « le chef-d'œuvre de Justinien. »

Il nous est facile maintenant, de savoir comment sont réglés dans ce système, les rapports de succession entre la mère et ses enfants. Pour les déterminer, nous n'avons qu'à indiquer les règles générales de la dévolution de la succession dans l'ordre des descendants et dans l'ordre des ascendants.

SECTION I

De l'ordre des descendants.

Les descendants du défunt, nous l'avons déjà dit, sont les premiers appelés à sa succession. Ils excluent tous autres parents, ascendants ou collatéraux. Cette règle s'applique, quelles que soient les qualités du *deujus*, peu importe son sexe ; peu importe qu'il soit *sui juris* ou *filius familias*. Même dans cette dernière hypothèse, les descendants sont préférés à l'ascendant investi de la puissance paternelle. Seulement cet ascendant conserve le droit d'usufruit qu'il avait du vivant du *deujus* sur les biens adventices de ce dernier. Les pécules *castrense* et *quasi-castrense*, arrivent au contraire en pleine propriété au successible.

Il n'y a pas à tenir compte non plus de la qualité du descendant. Peu importe son degré, peu importe qu'il soit descendant par les femmes ou par les mâles. Peu importe qu'il soit *sui juris* ou *filius-familias*. Toutefois,

dans ce dernier cas, il ne peut recueillir que la nue propriété, l'ascendant investi de la puissance acquérant l'usufruit. Les enfants adoptés, conservent leurs droits de succession dans leur famille naturelle et d'autre part, ils succèdent comme descendants dans leur famille adoptive (1).

Quant aux enfants illégitimes nous savons qu'ils succèdent comme s'ils étaient légitimes à leur mère et aux parents maternels.

La novelle 118 appelle les descendants sans tenir compte du degré auxquels ils sont, *cujus libet gradus*, mais quoiqu'elle ne le précise pas, les descendants autres que ceux du premier degré, ne succèdent que si l'intermédiaire qui les sépare du défunt a disparu.

Le partage se fait tantôt par têtes, tantôt par souches, *per stirpes*. Il se fait par têtes, s'il n'y a que des descendants appelés au premier degré. Il se fait par souches, si les descendants en concours sont à des degrés différents. On fait autant de parts, qu'il y avait d'enfants au premier degré. Quand un descendant du *decurus* au premier degré est mort, ses enfants prennent son lieu et place en

1. Il y a ici une distinction à faire. Les *plene adoptati*, c'est-à-dire ceux qui ont été donnés en adoption à un ascendant, succèdent même aux ascendants de leur père adoptif. Au contraire, les *minus plene adoptati* et ceux qui sont adoptés par une femme ne succèdent qu'au père et à la mère qui les ont adoptés. De plus, on a contesté que les enfants *plene adoptati* pussent succéder dans leur famille naturelle. Mais nous croyons l'opinion contraire plus conforme à l'esprit de la novelle 118, d'après laquelle les descendants sont successibles comme tels.

vertu du principe de la représentation consacré par les deuxième et troisième phrases du chapitre premier de la Nouvelle.

SECTION II

De l'ordre des ascendants.

Quand le *decurius* ne laisse point de descendants, la nouvelle 118 (second chapitre), appelle à la succession les ascendants, et en concours avec ces derniers, les frères et sœurs germains. La nouvelle 127 postérieure à la nouvelle 118, admit encore à concourir avec les ascendants les enfants des frères et sœurs germains prédécédés. La seconde classe d'héritiers comprend donc : les ascendants, les frères et sœurs germains et les enfants au premier degré de frères ou sœurs germains prédécédés. Pour savoir comment se règle le concours entre ces divers cohéritiers, il faut distinguer les deux hypothèses suivantes :

A. — *Le défunt ne laisse que des descendants.*

Remarquons d'abord, qu'il n'y a aucune distinction à faire entre eux ; peu importe qu'ils soient paternels ou maternels, du sexe masculin ou féminin. La nouvelle dit en effet : « *pater aut mater, aut alii parentes* (1). »

Dans l'ordre des ascendants, les plus proches en degré excluent toujours les plus éloignés. Il n'y a pas de représentation proprement dite en cet ordre, en ce sens que si l'un de deux ascendants égaux en degré et de la même

1. Le mot *parentes* ne signifie pas ici, comme autrefois dans la première langue juridique de Rome, seulement le père et la mère, mais bien tous les ascendants de l'enfant.

ligne vient à manquer, ses père et mère n'arrivent pas à la succession en ses lieu et place.

S'il y a plusieurs ascendants d'égal degré, le concours s'établit et le partage a lieu par têtes, quand ils appartiennent à la même ligne. Quand ils ne sont pas de la même ligne, la succession se partage en deux parts égales, dont l'une pour la ligne paternelle et l'autre pour la ligne maternelle (1).

Quant à l'usufruit qui pouvait exister au profit de l'un des ascendants, sur tout ou partie du patrimoine du défunt, dans le cas où ce dernier était *alieni juris*, il lui est conservé. C'est, du moins, ce qu'il est permis d'induire de ce fait que la Nouvelle 118 ne parle pas de cet usufruit, dans l'hypothèse où il n'y a que des ascendants, tandis qu'elle l'exclut formellement, comme nous le verrons plus loin, dans les autres hypothèses.

B. — *Le défunt, laisse non-seulement des ascendants, mais encore des frères ou sœurs germains, ou des descendants au premier degré de frères ou sœurs germains prédécédés.*

Dans cette hypothèse, tous les copartageants sont simultanément appelés à l'hérédité. Il y a concours entre les plus proches des ascendants et les frères ou sœurs germains. S'il y a des frères ou sœurs germains prédécédés, leurs droits sont exercés par leurs descendants au

1. C'est là l'origine du principe de la fente, admise par notre Code civil, qui d'ailleurs l'a poussé bien plus loin dans ses conséquences que la nouvelle 118 ne l'avait fait. La nouvelle ne l'étend pas en effet à la ligne collatérale et ne l'applique entre les ascendants eux-mêmes, qu'autant qu'ils se trouvent au même degré et arrivent seuls à l'hérédité ; tandis que notre législateur de 1804 l'admet, dès qu'il y a des représentants des deux lignes.

premier degré (1). Le partage se fait non plus par ligne, mais par tête. Chaque ascendant, comme chaque frère ou sœur prend donc une part virile (2).

Signalons ici deux particularités :

Si le défunt était *alicui juris*, un ascendant pouvait avoir sur ses biens adventices un droit d'usufruit. Mais, comme dans l'hypothèse d'ascendants concourant avec les frères ou sœurs germains, l'égalité la plus absolue doit régner entre tous les co-partageants, ce droit d'usufruit est enlevé à l'ascendant, par le texte formel de la novelle.

D'autre part, il pouvait se faire que les frères ou sœurs germains en concours avec des ascendants, fussent aussi *alieni juris*, et par suite sous la puissance de l'ascendant devenu leur cohéritier. La novelle 118 refusait encore à ce dernier tout droit d'usufruit *ex jure peculio adventitio*,

1. La novelle 127 ne donne cette décision que pour le cas où quelques uns seulement des frères ou sœurs sont prédécédés. Elle ne prévoit pas celui où tous les frères et sœurs germains étant prédécédés, leurs enfants se trouveraient seuls en présence des ascendants. Les ascendants, devaient-ils alors prendre toute la succession? Cujas a soutenu l'affirmative, par ce motif que la représentation est de droit étroit. M. Accarias est du même avis, et il en conclut que la pensée qui inspira la Novelle 127, fut bien moins d'égaliser les neveux et nièces aux ascendants que de prévenir l'inégalité entre eux, et leurs oncles ou tantes.

2. Ce mode de partage peut produire des résultats très bizarres signalés par la plupart des auteurs. Ainsi un seul ascendant paternel en face de trois ascendants maternels prendra la moitié de la succession. Si en outre, il y a un frère germain du défunt, l'ascendant paternel se trouvera réduit à un dixième, et les trois ascendants maternels auront entre eux trois cinquièmes, c'est-à-dire plus de la moitié de la succession.

sur les parts afférant dans la succession à ceux qui étaient sous sa puissance.

Ces règles générales, concernant la dévolution dans l'ordre des ascendants étant connues, il nous est facile d'en détacher les droits de la mère dans la succession de ses enfants. Si l'enfant décédé laisse seulement sa mère, celle-ci pourra prendre la totalité de la succession. S'il laisse son père et sa mère, elle n'aura droit qu'à la moitié. Dans ce dernier cas une difficulté se présentait, quand le *decujus* étant mort *alieni juris*, possédait un pécule adventice. Le père en avait l'usufruit, pendant la vie de son enfant. La question est de savoir s'il conservait cet usufruit sur la part revenant à la mère ? de telle sorte qu'il ne partagerait avec celle-ci que la nue propriété du pécule adventice. Lebrun (1) s'appuyant sur le principe vrai en lui-même, que l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier et non du propriétaire, adopte l'affirmative. Mais il nous semble que cette solution ne tient pas compte du caractère de l'usufruit accordé au père sur les biens de ses enfants. Cet usufruit, n'étant en effet qu'un attribut de la puissance paternelle, doit s'éteindre avec elle ! D'ailleurs la novelle 118 consacre formellement l'égalité des droits des père et mère dans la succession de leurs enfants : « *Si pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti ascendentium et fratrum singuli æqualem habeant portionem* (2). »

S'il existe, outre le père et la mère, des frères et sœurs

1. *Successions*, chap. 5, sect. 1, n° 4.

2. *Novelle 118*, cap. 2, *in med.*

germains du défunt, ou des enfants de frères et sœurs germains prédécédés, le concours s'établissant entre ces cohéritiers, et le partage se faisant par tête, la mère a droit seulement à une part virile. Tous autres collatéraux que les frères ou sœurs germains et leurs représentants sont exclus par la mère, sauf une exception unique, relative à la veuve qui s'est remariée. Il faut supposer qu'il s'agit de la succession d'un enfant décédé après son père. Dans ce cas, la mère qui s'est remariée ne peut recueillir que l'usufruit des biens que le *decurus* a reçus de la succession paternelle. La nue propriété passe aux frères et sœurs même non germains (1).

Tels sont les droits réciproques de succession reconnus à la mère et aux enfants par les Nouvelles de Justinien. Ces droits sont toujours comme autrefois garantis par la *Querela inofficiosi testamenti*. Seulement cette institution a été profondément modifiée. Nous n'avons pas à exposer la théorie nouvelle de la *querela*. Il nous suffit de faire remarquer que le caractère de la légitime et son mode de computation ont été changés. Elle est devenue une portion indisponible de la succession et doit être payée non plus individuellement à chaque légataire mais à tous ensemble à titre d'institués (2). Pour exclure la *querela*, il ne suffit plus que le testateur laisse à chaque légiti-

1. *Novelle* 22, cap. 46, §. 2. C'est une conséquence de la défaveur avec laquelle le législateur voyait les secondes noces.

2. *Novelle* 18, cap. 1. M. Accarias fait remarquer que cette condition est désavantageuse, puisque la qualité d'héritier au lieu d'ajouter au bénéfice de l'enfant, ne fera que le soumettre aux embarras d'une liquidation souvent compliquée.

maire le quart de sa part d'héritier légitime. Il doit leur laisser le tiers de son patrimoine si leur nombre ne dépasse pas quatre, et la moitié s'ils sont plus nombreux (1). En outre, les justes causes d'exhérédation ne sont plus laissées à l'appréciation du juge, et sont limitativement déterminées. Il y a huit causes légitimes de l'exhérédation d'un ascendant, et quatorze de l'exhérédation d'un descendant (2).

Nous sommes arrivés au terme de cette étude, et nous croyons avoir suffisamment montré les améliorations successives que les siècles ont apportées aux rapports de succession entre la mère et ses enfants. L'œuvre de Justinien clôt dignement la série des réformes que nous avons eu l'occasion de passer en revue, et ce qui prouve mieux que tout éloge l'excellence de cette œuvre, c'est la fortune qu'elle a eue. Son système, le plus philosophique et le plus parfait qui ait jamais été formulé, fait encore le fond de la plupart des législations modernes. « Cette « belle création a survécu à toutes les atteintes de la « barbarie, à la résurrection du principe aristocratique « pendant le moyen âge et aux intérêts si vivaces de la « féodalité. Notre code civil s'en est emparé et a trouvé « en elle sa plus belle page (3). »

1. *Novelle* 18, cap. 1.

2. *Novelle* 115, cap. 3, princ.

3. Troplong, *op. cit.* page 246. — Il faut cependant signaler une erreur fâcheuse dans laquelle Justinien était tombé. Par une odieuse exception il écarta les hérétiques du nouveau système successoral qu'il venait de fonder. Cet acte d'intolérance fut une tache dans son œuvre.

DROIT FRANÇAIS

DU MINEUR DE 16 ANS DEVANT LA LOI PÉNALE

INTRODUCTION

Lorsqu'un fait contraire à la loi pénale a été commis, la seule consommation de ce fait, ne suffit pas pour entraîner l'application d'une peine. A côté de l'élément matériel de l'infraction, il y a en outre l'élément moral. Il faut que le fait soit imputable à son auteur ; il faut que celui-ci en soit responsable. Et, il ne peut en être responsable, que s'il a compris qu'il faisait mal, et s'il a librement agi. L'intelligence et la liberté sont deux conditions essentielles, constitutives de l'imputabilité ou responsabilité, et, par intelligence, nous entendons, la connaissance du bien ou du mal moral de l'action, la faculté de discerner que l'acte commis est contraire au devoir (1). Par liberté, nous entendons, la puissance de décider que l'action sera faite ou ne sera pas faite.

1. M. Ortolan. (*Éléments de droit pénal*, tom. I, n° 237), appelle cette faculté « raison morale. »

On peut poser en principe, qu'au point de vue pénal, tout individu, dans son état normal, est doué d'intelligence et de liberté, et par suite responsable. Si l'on repoussait ce principe, il serait impossible de justifier la loi pénale (1). Mais, si telle est la règle générale, il existe des exceptions à cette règle ; il peut se faire, qu'il y ait eu chez l'agent, absence d'intelligence ou absence de volonté.

Parmi les causes, qui enlèvent à l'agent son intelligence et sa liberté, au point de le rendre irresponsable aux yeux de la loi pénale, une des plus intéressantes est, sans contredit, la faiblesse de l'âge. « Si l'homme naît avec des facultés, qui le prédestinent à la société, et à l'appréciation de la loi morale, principale règle des rapports sociaux, ces facultés ne se développent qu'avec le temps, et la vie matérielle, en quelque sorte animale, se prolonge un certain nombre d'années, avant de céder sa place à la vie morale, dont l'avènement ne s'opère que longuement et progressivement » (2). L'enfant, dans ses premières années, avant l'âge de raison, ne peut donc pas être responsable de ses actes ; car il n'en a pas l'intelligence, il n'en comprend pas la moralité.

1. — Il existe cependant une doctrine philosophique qui conteste formellement ce point de départ. Pour les partisans du *déterminisme*, la liberté humaine serait une pure illusion ; d'où cette conséquence qu'il n'y aurait pas de responsabilité pénale, puisque tout acte de l'homme, et par suite tout crime ou délit, serait l'effet d'une force irrésistible. Nous n'avons point ici à discuter cette doctrine. Les conséquences qu'elle produit, suffisent d'ailleurs pour la condamner.

2. — Bertauld. *Cours de droit pénal*, page 330.

Au lieu de supposer un âge, où les conditions de la responsabilité, font absolument défaut, on peut concevoir en outre un âge, un peu plus avancé, où la responsabilité sans être entière, peut néanmoins exister, mitigée, atténuée. L'enfant, à un certain moment, peut avoir agi dans l'exercice de sa raison et de sa liberté, sans que ces facultés aient atteint leur parfait développement et soient parvenues à leur entière maturité. Il y aura alors les éléments de la responsabilité, mais il faudra tenir compte pour la répression de la faiblesse de l'âge.

Ces courtes observations suffisent pour montrer, que la loi, au point de vue de la répression pénale, devait nécessairement prendre l'âge en considération. C'est cette influence de l'âge que nous nous proposons d'étudier ici en recherchant, quelle situation est faite par la loi pénale, aux mineurs qui ont commis des infractions à cette loi.

Nous diviserons notre travail de la manière suivante :

Dans un *premier chapitre*, nous étudierons l'influence de l'âge quant à l'imputabilité, en nous plaçant successivement au point de vue du droit rationnel et des législations positives. Nous répondrons en même temps à la question de savoir ce qu'il faut entendre par *mineurs* aux yeux de la loi pénale.

Nous nous attacherons ensuite à bien faire ressortir en quoi la condition de ces mineurs diffère de celle des majeurs, et pour cela nous n'aurons qu'à examiner les diverses dérogations aux règles du droit commun établies par notre législation pénale, toutes les fois qu'il s'agit de juger un mineur.

Ces dérogations sont :

1° Un bénéfice de juridiction ou de compétence.

Il fera l'objet de notre *deuxième chapitre*.

2° Le bénéfice de la position d'une question spéciale relative au discernement.

Cette question du discernement fera l'objet de notre *troisième chapitre*. Dans ce chapitre nous serons naturellement amenés à nous occuper d'une autre faveur, celle d'une excuse atténuante au cas de réponse affirmative sur la question du discernement.

3° Le bénéfice de l'application d'un régime pénitentiaire spécial.

Ce régime pénitentiaire spécial fera l'objet de notre *quatrième et dernier chapitre*.

CHAPITRE PREMIER

DE L'INFLUENCE DE L'ÂGE QUANT A L'IMPUTABILITÉ PÉNALE

Nous savons déjà que l'intelligence et la liberté sont les deux conditions essentielles de l'imputabilité pénale. Or, ces facultés morales de l'homme, de même que ses facultés physiques ne se développent qu'à un certain âge et progressivement. « L'homme, dans son enfance, est sous l'empire de la vie animale. Son sens moral est encore dans l'assoupissement et sa raison est faible et vacillante. La nature morale des actions humaines lui est inconnue, ou il ne fait que l'entrevoir confusément à travers un brouillard ; il ne sait pas même en discerner toutes les conséquences matérielles » (1).

La justice humaine ne peut donc pas atteindre l'enfant dans ses premières années. Elle n'a point à lui demander compte de ses actions, car il n'en est pas responsable. « *Infantem innocentia consilii tuetur.* »

A quel moment l'homme commence-t-il à avoir l'intelligence suffisamment développée pour acquérir la notion du bien et du mal ? A quel âge la loi doit-elle faire peser sur l'enfant la responsabilité de ses actes ? Telle est la grande et difficile question qui se pose ici. Nous allons d'abord l'examiner d'après les données du droit rationnel

1. Rossi, *Traité de droit pénal*, tom 11, page 22.

et de la science philosophique. Nous rechercherons ensuite comment elle a été résolue par les diverses législations positives.

Nous devons reconnaître tout d'abord, que la science est impuissante à fixer une borne certaine entre la légèreté de l'enfant, et la maturité de l'homme. Il est impossible de déterminer *a priori*, l'époque précise, où la raison prend un développement suffisant pour légitimer l'imputation pénale. Et le motif en est simple. Le développement intellectuel est en effet différent suivant les individus ; il varie selon leur organisation physique, les circonstances extérieures où ils se trouvent placés, les soins donnés à leur éducation et mille autres causes diverses. « Tel enfant, dont l'esprit aura été exercé, dont le jugement aura été cultivé, pourra comprendre dès l'âge de six ans l'immoralité d'une action, la criminalité d'un fait. Tel autre et du même âge, végétant dans les langes d'une grossière ignorance ne se rendra compte ni du caractère de l'action ni de ses conséquences (1). »

En outre, il arrive que chez certains enfants le développement de l'intelligence, ne concorde nullement avec celui du sens moral. Chez les uns, le sens moral s'éveillera bien avant l'intelligence, tandis que chez les autres l'intelligence aura devancé le sens moral.

Il semble résulter de ces considérations que l'imputation ne peut pas se faire d'après une règle générale, mais seulement dans chaque cas individuel et particulier. En conséquence, ne conviendrait-il pas d'abandonner aux

1. Chauveau et Faustin Hélie, *code pénal*.

juges toute latitude d'appréciation pour chaque inculpé et dans chaque cause ? Peu importerait l'âge de l'enfant. Le juge pour apprécier son intelligence, n'aurait qu'à considérer le fait en lui-même et les circonstances dans lesquelles il a été commis, en faisant abstraction de toute distinction légale.

Ce parti peut au premier abord paraître le plus simple ; mais nous pensons avec M. Ortolan (1) que ce serait là, « une de ces simplicités apparentes qui n'amènent que complications et inégalités ; ce serait la démission du législateur, et à la place d'une règle, toutes les variations arbitraires des décisions individuelles. » Mieux vaut procéder ici, comme le législateur l'a fait en tant d'autres matières, par voie de présomption, c'est-à-dire poser des règles générales ; ce qui d'ailleurs n'empêchera pas de laisser en même temps au juge une latitude suffisante pour tenir compte des nuances particulières de chaque cause.

Il y a donc lieu de déterminer d'après les données scientifiques, certaines limites d'âge, dans lesquelles varieront les dispositions de la loi pénale.

Et d'abord, on ne peut nier qu'il existe une première période, dans laquelle il y a non-seulement une présomption, mais encore une certitude, en faveur de l'innocence de l'enfant. Il est un âge, où, l'enfant n'ayant pas encore atteint le développement physiologique qui fait naître les facultés mentales, en même temps que la force physique, aucune imputabilité pénale ne saurait avoir lieu contre

1. *Op. cit.* tom 1, page 113.

lui. Aussi, personne ne conteste l'irresponsabilité des enfants dans leurs premiers ans. La présomption d'innocence, est alors tellement forte, dit M. Rossi, qu'elle doit dominer sans partage et ne point admettre d'examen.

Après cette première période, il s'en produit une autre, où le sentiment du bien et du mal commence à s'éveiller chez l'enfant, où la présomption d'innocence s'affaiblit assez pour que l'acte individuel mérite d'être examiné. Dans cette période, on n'ose pas encore établir, en règle générale et absolue que l'agent devait ou ne devait pas avoir la raison morale. Mais le doute est permis. Il y aura donc une question à résoudre pour chaque individu, et pour chaque fait. La présomption d'innocence existera toujours en faveur de l'enfant ; mais cette présomption ne sera plus irréfragable. Un pouvoir d'appréciation sera laissé au juge, qui sera chargé d'examiner si l'agent a agi ou non avec discernement. S'il est reconnu qu'il n'y avait pas chez l'agent, discernement suffisant, il n'y aura pas imputabilité pénale. Dans le cas contraire, l'imputabilité aura lieu, mais la culpabilité sera moindre. Même dans les cas où l'enfant a agi avec discernement, il y aura lieu en effet de lui tenir compte de la faiblesse de son âge.

Puis, vient une troisième période, dans laquelle l'enfant est devenu adulte. En supposant que les choses aient suivi leur cours régulier et normal, on peut affirmer que la raison de l'adulte a suffisamment mûri, et que ses facultés se sont suffisamment développée pour légitimer l'imputation pénale. Dans cette période, il n'y aura plus présomption d'innocence en faveur de l'agent, mais au contraire,

présomption de responsabilité contre lui. Cette présomption pourra d'ailleurs tomber devant la preuve que l'adulte a agi sans discernement. Si cette preuve n'est pas faite, une peine sera applicable. Mais faudra-t-il, dès cette troisième période, appliquer les pénalités ordinaires? En d'autres termes, dès que l'homme est parvenu à l'âge où il y a présomption de responsabilité, y a-t-il culpabilité pleine et entière? Nous ne le pensons pas. Si dans la période où nous sommes, les facultés morales de l'homme ont atteint un développement suffisant, pour qu'on puisse présumer chez lui le discernement, ce discernement n'en est pas moins celui d'un âge encore inexpérimenté. L'imputabilité, sans doute, est certaine, mais convient-il d'y attacher immédiatement toutes les rigueurs de la loi pénale ordinaire? Ne vaut-il pas mieux attendre que la raison soit parvenue à son entière maturité, et retarder jusqu'à là l'application des peines ordinaires?

Sans vouloir écarter de la tête des jeunes accusés, le châtiment qu'ils ont mérité, nous croyons qu'il est juste de ne déclarer la plénitude de responsabilité pénale qu'à partir du moment où le développement moral de l'individu est achevé. Jusqu'à ce moment, la faiblesse de l'âge doit être, sinon une cause d'impunité, du moins une cause d'excuse, qui permettra d'appliquer une peine moins rigoureuse.

Il y a donc place pour une quatrième et dernière période, celle où le développement des facultés morales de l'homme, étant achevé, il y aura culpabilité pleine et entière. Dans cette période, la pénalité ordinaire sera applicable.

Nous nous sommes jusqu'ici attachés seulement à distinguer les diverses périodes parcourues dans la marche graduelle du développement moral chez l'homme, par rapport à l'imputabilité pénale. Il nous faut maintenant préciser ces périodes et leur fixer des limites. C'est là une tâche, dont la difficulté apparaît évidente. Une délimitation rigoureusement exacte, est impossible ; car la durée et les degrés de l'incapacité intellectuelle de l'enfant sont essentiellement variables, et dépendent, comme nous l'avons déjà fait remarquer plus haut, de causes multiples. Mais si l'on ne peut donner une solution certaine, pouvant s'appliquer à tous les cas, on peut tout au moins chercher quelle serait la solution la plus propre à former règle. Et nous croyons, avec M. Ortolan, que le mieux serait, pour le législateur, d'en venir aux périodes septennales. On peut remarquer à l'appui de cette théorie, que c'est à sept ans que la plupart des psychologues et des moralistes fixent ce que l'on appelle « l'âge de raison. »

Cette théorie des périodes septennales n'est d'ailleurs pas nouvelle. Elle s'était fait jour chez les philosophes et les médecins de l'antiquité. Une opinion de ces philosophes, reproduite même en nos temps modernes dans un ouvrage célèbre de Cabanis (1), était, que de sept ans en sept ans, en terme moyen, tous les éléments matériels qui composent le corps de l'homme se trouvent renouvelés,

1. *Rapports du physique et du moral de l'homme*, 4^e mémoire. *Influence de l'âge sur les idées et les affections morales*, par. 6, 7, et 8.

et qu'une révolution organique portant à la fois sur le physique et sur le moral s'est accomplie.

Sans vouloir nous appesantir sur des considérations physiologiques, nous croyons aussi qu'il ne se produit dans la vie organique de l'homme aucun changement qui ne se fasse sentir dans sa vie morale, pas plus qu'il ne se produit aucun trouble moral, qui n'ait son contre-coup sur le physique. Cette corrélation intime qui existe entre la vie du corps et la vie de l'âme est pleinement confirmée par les observations expérimentales et physiologiques, dues surtout aux travaux récents de Claude Bernard.

Nous nous en tiendrons donc, aux périodes physiologiques du développement septennal (1) et nous arriverons aux conclusions suivantes :

1° Depuis la naissance jusqu'à l'âge de sept ans accomplis, irresponsabilité absolue au profit de l'enfant, et pas de poursuite possible. « Placer sur la sellette, dit M. Rossi, un enfant qui n'a pas huit ou neuf ans accomplis, c'est un scandale, c'est un acte affligeant qui n'aura jamais l'assentiment de la conscience publique. C'est une éducation qu'il faut donner à ces petits infortunés ; on ne peut songer à leur infliger une peine (2). »

2° De sept ans à quatorze ans, il y a doute sur le point de savoir si la notion du bien ou du mal existe dans

1. Fodéré, dans son *traité de médecine légale*, adopte aussi les périodes septennales. M. Ortolan, fait remarquer avec raison que ce système a l'avantage de procéder par périodes régulières d'un même chiffre ; ce qui équivaut presque pour la simplicité, à n'en avoir qu'une seule.

2. Rossi, *op. cit.* tome II, page 33.

l'âme de l'enfant. Le juge aura à résoudre la question du discernement. En cas de solution négative, l'enfant sera acquitté. Dans les cas où il sera reconnu avoir agi avec discernement, la faveur de l'âge fera subir à la peine une réduction.

3°. De quatorze ans accomplis jusqu'à vingt et un ans. L'imputabilité est certaine. Nous sommes sur ce point, d'accord avec la médecine légale, qui donne l'âge de quatorze ans, comme celui où commence la responsabilité de l'agent.

Mais, la culpabilité prononcée, il y aura encore à tenir compte de la faiblesse de l'âge, pour faire subir à la peine une réduction, qui toutefois devra être moins forte que dans le cas précédent.

4° A partir de vingt et un ans. La culpabilité est alors pleine et entière, et toute infraction à la loi pénale entraînera l'application des peines ordinaires. C'est seulement à vingt et un ans, c'est à dire, à l'âge où la loi fixe elle-même la plénitude de capacité civile, que nous déclarons la plénitude de responsabilité pénale.

Nous ne nions pas pour cela, les différences qui existent entre la loi pénale et la loi civile au point de vue de la majorité. Il est certain que la notion du mal moral qui existe dans un délit, arrive à l'homme plus tôt que celle des intérêts à débattre dans la vie civile. M. Bertauld explique très bien cette différence, et nous ne pouvons mieux faire que de reproduire ce passage du savant auteur : « Les prescriptions que la loi protège par des sanctions, ne sont en général, que la reproduction la plus essentielle de la loi morale. Ces prescriptions sont

écrites dans la conscience de tous ; elles sont connues indépendamment des textes qui leur assurent une puissance coercitive. La loi civile, elle, n'a pas le même cachet de simplicité ; c'est une loi à combinaisons savantes, cherchant à embrasser dans ses prévisions variées les relations les plus diverses, les intérêts si complexes que le temps et le libre jeu de l'activité humaine ont fait naître ou ont développés. Elle est le résultat de l'expérience des siècles, le produit accumulé d'études patientes et incessamment renouvelées. Sans doute, la capacité de contracter, n'est pas subordonnée à la connaissance des dispositions de la loi civile ; mais cette capacité suppose au moins quelque apprentissage de la vie pratique, l'intelligence des rapports auxquels la loi civile est chargée de pourvoir, et cette intelligence est plus lente à se développer que le sens moral (1). »

Nous le répétons ; nous ne contestons nullement cette différence entre la majorité pour l'infraction, et la majorité pour les contrats, et nous ne prétendons pas établir en matière pénale la même règle qu'en matière civile, c'est-à-dire l'irresponsabilité jusqu'à vingt et un ans. « La loi pénale a droit sur l'agent ; aussitôt qu'elle reconnaît en lui un être moral et libre. Elle peut donc réprimer les abus de la liberté de la part d'agents, auxquels la loi civile, à titre de protection, refuse l'usage de cette liberté (2). » L'âge où commence l'imputabilité pénale doit nécessairement précéder celui de la majorité civile.

1. Bertauld, *op. cit.* p. 332.

2. — Le même.

Mais, ce que nous demandons, c'est qu'on ne reconnaisse pas la culpabilité pleine et entière, avec ses conséquences les plus graves, contre une personne dont la raison n'est pas jugée suffisante pour discerner régulièrement les intérêts. Avec M. Ortolan, nous croyons fermement, que si la certitude d'imputabilité doit précéder la majorité civile, l'application des peines ordinaires ne peut pas avoir lieu avant cette majorité (1).

Telles sont les conclusions auxquelles nous croyons devoir nous arrêter d'après le droit rationnel et la science philosophique. Etudions maintenant, comment la question de l'influence de l'âge quant à l'imputabilité pénale a été résolue dans les législations positives.

Nous passerons d'abord en revue le droit romain et notre ancien droit. Puis, après avoir parcouru les principales législations étrangères, nous exposerons avec détails le système de notre code pénal.

La loi romaine, avait essayé de marquer les degrés progressifs que parcourt l'intelligence de l'homme. Sans nous arrêter aux controverses qu'a soulevées parmi les commentateurs du droit romain, la distinction des divers degrés d'âge (2), nous nous contenterons de donner la théorie la plus communément reçue, et d'après laquelle, il faut distinguer :

1° L'enfance proprement dite.

2° L'âge plus près de l'enfance que de la puberté, et

1. Voir sur tous ces points M. Ortolan, *Revue de législation*, 1843, tom. 1^{er}, page 463.

2. Ortolan. *Revue de législation*, 1843, tom. I, pages 181 et s.

en sens inverse plus près de la puberté que de l'enfance.

3° La puberté.

4° Enfin, la majorité de vingt cinq ans, période introduite par le droit prétorien, en considération du plein développement moral de l'homme.

Les conséquences attachées à ces divers degrés d'âge, sont bien connues pour le droit civil. Mais quelles sont-elles pour le droit pénal ? C'est là une question à laquelle il est difficile de répondre. Le véritable droit pénal, le droit repressif des Romains nous est très peu connu. Il y avait bien à Rome, certaines actions, qualifiées d'actions pénales ou mixtes, destinées à la poursuite des obligations nées de délits, et à l'aide desquelles la partie intéressée obtenait, outre les restitutions ou réparations qui pouvaient lui être dues, une condamnation pécuniaire à titre de peine, contre le délinquant. Mais, ces actions, malgré le titre d'actions pénales, qui leur était donné, n'étaient que des actions privées, exercées devant la juridiction civile en la forme des procédures civiles. C'est à ces sortes d'actions, que les jurisconsultes ont donné tous leurs soins, de sorte que nous sommes restés dans une pénurie de documents très grande, en ce qui concerne le véritable droit pénal des Romains (1).

Ce que nous offrent les textes relatifs à l'âge des délinquants au point de vue pénal est donc très peu de chose. Nous ne trouvons dans ces textes aucune règle posée comme générale, mais seulement quelques espèces particulières, résolues isolément et comme par occasion. Ainsi la loi 12, D. *ad legem corneliam*, XLVIII, 8, nous apprend

1. Comp. Ortolan. *Revue de législation*, *op. cit.*

quel *infans* n'est pas passible de la loi Cornélia contre l'homicide « *Infans, si hominem occiderit, lege Cornelia non tenetur..... innocentia consilii.* » Plusieurs textes portent, mais sans précision ni d'aucune limite, ni des effets à y attribuer, qu'il faut avoir égard à l'âge dans les jugements criminels. C'est ainsi que nous trouvons dans le Code une constitution d'Alexandre Sèvere ainsi conçue : « *Impunitas delicti propter ætatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen, quod intenditur, cadere potest.* » (L. 7. Code, *De pœnis*, IX, 47); et au Digeste : « *Fere in omnibus pœnalibus judiciis et ætati et imprudentiæ succurritur* (1). » Enfin, sans vouloir entrer dans les controverses auxquelles elle a donné lieu, il semble résulter d'une phrase d'Ulpien citant une opinion de Pomponius, que la peine capitale ne pouvait pas être appliquée à un impubère. « *Pomponius ait neque impuberem, neque furiosum capitalem fraudem videri admisisse* » (L. 23, par. 2, D. XXI — 1.) (2).

Et maintenant, si l'on essaye de généraliser, on peut arriver à dire, d'après les conjectures de M. Ortolan, que, dans le droit pénal Romain, l'âge n'est pas une cause d'impunité, mais le juge criminel doit y avoir égard. C'est une considération d'indulgence ou d'atténuation qui paraît laissée à son appréciation pour chaque cause individuelle.

Telles sont les notions qui nous sont parvenues sur l'influence de l'âge dans le droit pénal romain. Il nous

2. L. 108. D. *De reg. jur.* L. 47.

1. L'opinion contraire s'appuie sur un autre texte relatif au cas tout particulier du sénatus-consulte Si'anien. L. 14. D. XXIX. 5.

faut rechercher maintenant, comment notre ancienne jurisprudence criminelle les a comprises et appliquées. On peut marquer d'un trait le caractère du droit pénal dans notre ancienne jurisprudence, en faisant observer, que pour reconstruire, ce qu'elle crût être la théorie du droit romain, elle a fait une confusion incessante entre les dispositions du droit civil et la pénalité proprement dite. Les anciens jurisconsultes ont continuellement appliqué aux matières criminelles, ce que les jurisconsultes romains avaient écrit uniquement de ces sortes d'actions, naissant de délits privés, qui prenaient l'épithète de pénales, mais qui n'étaient en réalité que des actions civiles pour la poursuite d'obligations privées.

D'autre part, l'ancienne jurisprudence, s'appuyant sur une constitution particulière du temps de Théodose, considéra l'âge de l'enfance, comme se continuant, en droit romain, jusqu'à sept ans accomplis. Elle en vint à présenter les diverses phases de l'âge dans le droit romain, ainsi qu'il suit : l'enfance durait jusqu'à sept ans ; la puberté commençait à douze ans pour les femmes et quatorze ans pour les hommes, d'où la conséquence que l'âge plus proche de l'enfance que de la puberté s'étendait jusqu'à neuf ans et demi pour les femmes, et dix ans et demi pour les hommes. Donc, tout ce qu'avaient dit les jurisconsultes romains par rapport à l'*infans* fut appliqué au mineur de sept ans, et tout ce qu'ils avaient dit de l'*infanti proximus* fut appliqué au mineur de neuf ans et demi ou de dix ans et demi, selon le sexe.

C'est de cette double méprise d'interprétation que sont venues les règles adoptées par l'ancienne jurisprudence

sur l'âge d'imputabilité. Elles peuvent se résumer ainsi :

L'infans, c'est-à-dire, celui qui n'a pas plus de sept ans, n'est pas punissable.

L'infanti proximus, c'est-à-dire celui qui n'a pas plus de neuf ans et demi pour les femmes, ou de dix ans et demi pour les hommes, ne l'est pas non plus.

Au-dessus de cet âge, l'impubère est punissable, mais la peine peut être mitigée à l'appréciation du juge.

« Les enfants, écrit Jousse, dans son traité de Justice criminelle (1), c'est-à-dire ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge de sept ans, étant incapables de malices et n'ayant point assez de raison pour savoir ce qu'ils font, sont entièrement exempts de crimes et par conséquent ne doivent être punis d'aucune peine, même pour l'homicide qu'ils pourraient commettre. Il en est de même de celui qui est dans un âge peu éloigné de l'enfance c'est-à-dire au-dessous de neuf ans et demi pour les femmes et de dix ans et demi pour les hommes. » Passé cet âge, les personnes devenaient punissables, mais les impubères moins que les pubères, la puberté étant celle du droit romain, et les pubères mineurs moins que les majeurs, c'est-à-dire, moins que ceux qui avaient atteint vingt-cinq ans. Car, dit Mugart de Vouglans, « comme la raison a ses degrés particuliers, la loi veut aussi que la punition soit réglée suivant les différents degrés de l'âge (2). »

M. Ortolan fait justement remarquer que le principe

1. Jousse. *Traité de justice criminelle*. page 616.

2. Mugart de Vouglans. *Les lois criminelles*. liv. 4, tit. v, chap. 1, page 27.

que les peines étaient arbitraires s'accommodait parfaitement à cette gradation progressive laissée à l'estimation du juge.

Mais il faut observer que cette jurisprudence n'avait rien d'impérieux. Au moyen de la maxime « *malitia supplet aetatem*, » on en arrivait à punir les impubères et les mineurs dans tous les cas qui paraissaient aux juges, exceptionnels, et toutes les fois qu'il était question de crimes qualifiés d'atroces, tels que ceux de lèse-majesté divine ou humaine, d'assassinat, d'empoisonnement. Au cas particulier de vol, l'usage était d'arrêter les impubères et de les retenir en prison à cause des complices.

Les anciens auteurs, Jousse, Mugart de Vouglans, citent plusieurs exemples de condamnations prononcées contre des impubères. On les condamnait au fouet sous la custode, ou à être enfermés à temps ou pour toujours, même à être exposés à une potence et pendus sous les aisselles, suivant les circonstances. Notons entre autres, un arrêt du Parlement du 22 décembre 1682 « qui a condamné un petit garçon de la Ferté-Bernard à être pendu sous les aisselles, en place de Grève, pendant le temps de deux heures, pour avoir mis du poison dans un pot-au-feu par ordre de son père, et qui avait causé la mort à quatre personnes. Ensuite il fut détaché, fouetté et renfermé à l'Hôpital Général (1). »

Telle était, en résumé, l'ancienne jurisprudence au point de vue de l'influence de l'âge quant à l'imputabilité pé-

1. Jousse. *Traité de justice criminelle*, tom. 2, page 617.

nale. Recherchons maintenant comment cette question a été résolue par les principaux codes de pénalité modernes.

I. — ANGLETERRE

D'après les lois anglaises, l'enfant âgé de moins de sept ans ne peut pas être poursuivi. Depuis sept ans jusqu'à quatorze ans, il est encore protégé par la présomption d'innocence. Mais s'il est reconnu avoir eu conscience du mal qu'il a fait, par application de la maxime « *malitia supplet aetatem* » il peut encourir une peine. Il y a donc lieu de rechercher s'il a agi avec ou sans discernement. Dans ce dernier cas, la loi anglaise le renvoie dans une maison de réformation, et autorise à mettre une partie de la dépense à la charge des parents. « Cette dernière disposition, dit M. Glasson (1) a pour effet d'augmenter la surveillance de la famille et produit à ce qu'il paraît de bons résultats. » — Si l'enfant a agi avec discernement il est justiciable des juridictions de droit commun et peut être condamné aux peines ordinaires, même à la peine capitale.

Au-dessus de 14 ans, le mineur perd le bienfait de la présomption d'innocence, et il n'y a plus alors de différence entre lui et le majeur. Il n'y a d'exceptions à cette règle, que pour certaines contraventions qui consistent dans des omissions de faire « *consting of mere non feazance* » parce que le mineur au-dessous de 21 ans n'ayant pas

1. *Histoire du droit et des institutions d'Angleterre*, tom VI, page 575.

encore la disposition de son bien, ne pourrait satisfaire à l'amende.

Telles sont les règles que nous trouvons exposées dans Blackstone (1). Mais, dans ces derniers temps, la loi anglaise s'est quelque peu adoucie et rapprochée de la nôtre. Aujourd'hui, et surtout depuis l'acte de 1879 (11 août 1879) pour amender la législation relative à la juridiction sommaire, les juges de paix connaissent en général des crimes commis par les mineurs de seize ans.

L'acte de 1879 distingue, parmi les mineurs de seize ans, deux classes de personnes. Il appelle, enfant (*child*), tout individu âgé de moins de douze ans ; personne jeune (*young person*), tout individu âgé de moins de seize ans. Quand il s'agit de personnes jeunes, la compétence de la cour de juridiction sommaire est moins étendue, et la peine est plus forte, que lorsqu'il s'agit d'enfants (2).

II. — AUTRICHE

Le code pénal autrichien, n'incrimine aucun des actes de l'enfant au-dessous de dix ans accomplis.

Depuis onze ans jusqu'à quatorze ans, les enfants ne peuvent être punis, pour les délits qu'ils commettent, que des peines de simple police.

Au dessus de quatorze ans, ils encourent les mêmes

1. *Commentaire sur le code criminel d'Angleterre*, traduit de l'anglais par M. l'abbé Coyer, tom 1. page 18.

2. Pour plus de détails, voir Glasson, *op. cit.* et *annuaire de législation étrangère*, année 1879, page 34.

peines que les majeurs. Toute protection particulière cesse (1).

III. — HONGRIE

Le code pénal autrichien du 27 mai 1852 fut appliqué à la Hongrie jusqu'en 1860. Mais dès cette époque, la Hongrie recouvra ses lois criminelles, par suite du rétablissement général du droit hongrois par le diplôme du 20 octobre 1860.

D'après le code pénal hongrois, mis en vigueur en 1880, l'enfant n'est jamais responsable, jusqu'à douze ans; il ne peut être l'objet d'aucune poursuite pénale. (art. 83).

De douze ans à seize ans, il y a lieu d'examiner s'il a agi avec ou sans discernement. Dans ce dernier cas, il peut seulement être envoyé en correction. Si au contraire, il est reconnu avoir agi avec discernement, il peut être frappé, d'une peine, qui toutefois sera réduite (2).

IV. — ALLEMAGNE

Le code pénal de l'Allemagne, qui, après avoir été voté pour la Confédération de l'Allemagne du Nord, a été

1. Code pénal général de l'empire du 27 mai 1852.

2. *Annuaire de législation étrangère*, année 1878 page 275. — Le code pénal hongrois de 1878, présente une particularité. Il n'est pas, comme la plupart des autres, une refonte, ou une codification de la législation antérieure. C'est le premier texte qui ait été promulgué en Hongrie, en cette matière, depuis les temps les plus reculés. — *Code pénal hongrois, traduit et annoté par MM. Martinet et Daresté*. Introduction, page X.

étendu à tout l'Empire, par une loi du 15 mai 1871, admet (art. 55) l'absence d'imputabilité jusqu'à douze ans. « Ne pourra être poursuivi en justice, l'individu qui n'aura pas accompli sa douzième année lors de l'infraction. » Une loi du 26 février 1876 a ajouté à cette disposition, l'innovation suivante : « Seront néanmoins appliquées, les mesures propres à assurer la garde et l'amendement de l'enfant établies par les lois des divers états. En particulier, l'enfant pourra être placé dans une maison d'éducation ou de correction, lorsque les autorités chargées du contrôle des tutelles auront déclaré le fait constant et autorisé la détention (1). »

A partir de l'âge de douze ans, jusqu'à celui de dix-huit ans accomplis, la question du discernement doit être examinée. « Le mineur doit être acquitté, si au moment où il a commis une action punissable, il n'avait pas le discernement nécessaire pour comprendre le caractère criminel de cette action (art. 56). » Mais le même article, autorise le juge de répression à décider que l'enfant sera placé dans une maison d'éducation ou de correction. « Il sera détenu dans cet établissement aussi longtemps que l'autorité administrative compétente le jugera nécessaire ; il ne pourra toutefois y être retenu au-delà de sa vingtième année révolue. »

Ce qu'il y a à remarquer dans ce dernier texte, c'est que le juge n'a pas à fixer le temps pour lequel il prescrit le renvoi de l'enfant dans une maison de correction. C'est à l'autorité administrative qu'il appartiendra de retenir

1. Voir *Annuaire de législation étrangère*, année 1876, p. 135.

l'enfant, ou de lui rendre la liberté, suivant la manière dont il se sera conduit.

Si le mineur est déclaré avoir agi avec discernement, il sera condamné, mais les peines seront atténuées (art. 57).

Au dessus de dix-huit ans, il y a lieu d'appliquer les peines ordinaires (1).

V. — SUISSE (canton de Genève)

Le code pénal genevois du 21 octobre 1874, qui est entré en vigueur le 30 du même mois, décide (art. 39), que l'enfant âgé de moins de dix ans ne peut jamais être l'objet d'une condamnation, et qu'en conséquence, la question de savoir, si l'accusé, mineur de seize ans a agi avec ou sans discernement, ne peut se poser qu'après l'âge de dix ans (2).

VI. — BELGIQUE

Le code belge de 1867, contrairement à tous les codes étrangers, dont nous nous sommes occupés jusqu'ici n'admet pas de période de non-imputabilité. Depuis la naissance jusqu'à l'âge de seize ans accomplis, la question du discernement doit être examinée. Si le mineur a agi sans discernement, il sera acquitté ; mais il pourra être

1. Voir, *Annuaire de législation étrangère*, année 1871.

2. *Annuaire de législation étrangère*, année 1875, page 751.

mis à la disposition du gouvernement pour un temps qui ne dépassera pas l'époque où il aura accompli sa vingt et unième année (art. 72). S'il est décidé qu'il a agi avec discernement, il sera condamné, mais la peine sera atténuée (art. 73).

VII. — PAYS-BAS

Le code pénal des Pays-Bas, du 3 mars 1881 n'admet pas d'imputabilité au dessous de 10 ans (art. 38). Passé cet âge, jusqu'à seize ans accomplis, la question du discernement doit être posée. Si le mineur est déclaré avoir agi sans discernement, il sera acquitté; mais le juge pourra ordonner son renvoi dans une maison d'éducation de l'Etat, jusqu'à l'âge de dix-huit ans au plus.

Il faut toutefois noter, que le Code des Pays-Bas (art. 39-3°) restreint aux cas où « le fait commis rentre dans la qualification d'un délit emportant emprisonnement et pouvant être poursuivi autrement que sur plainte » la faculté donnée au juge d'ordonner que l'enfant sera placé dans un établissement d'éducation de l'état.

S'il est décidé que le mineur a agi avec discernement, il y aura condamnation; mais la faiblesse de l'âge aura pour effet de produire une atténuation de la pénalité (1).

VIII. — LUXEMBOURG

La loi du 18 juin 1879, portant révision du Code pénal

1. Voir Code pénal des Pays-Bas, traduit et annoté par Willem-Joan Wintgens.

luxembourgeois, reproduit dans ses articles 71 à 75, les dispositions des articles 66 et 67, 68 et 69 du Code français.

L'article 77 édicte que la peine de mort n'est pas prononcée contre les individus âgés de moins de dix-huit ans; elle est remplacée par celle des travaux forcés (1).

IX. — GRÈCE

Le Code pénal de 1833, admet les règles suivantes :
Jusqu'à dix ans, non-imputabilité.

De dix à quatorze ans, question du discernement à résoudre, et atténuation des peines au cas de réponse affirmative sur cette question.

Au-dessus de quatorze ans, il y a lieu à l'application des peines ordinaires.

Cette législation de la Grèce ressemble beaucoup à celle de l'Autriche.

X. — RUSSIE

D'après le Code pénal russe de 1845, il y a présomption d'irresponsabilité absolue jusqu'à sept ans.

De sept ans à dix ans, il ne peut y avoir lieu contre l'enfant qu'à des mesures de correction domestique.

De dix ans à quatorze ans, la question du discernement, doit être posée et résolue contre lui.

De quatorze ans à vingt et un ans, le mineur n'est plus protégé par aucune présomption; mais l'âge est encore une cause d'atténuation des peines.

1. *Annuaire de législation étrangère*, année 1879.

Le Code pénal russe de 1845 est sur le point d'être modifié. Une commission de rédaction, constituée le 30 avril 1881, a adopté un projet nouveau. D'après ce projet, la commission déclare irresponsable l'enfant qui n'a pas atteint dix ans révolus. Toutefois, il peut être « placé dans les formes à ce spécialement prescrites, ou d'après l'arrêt du tribunal, dans un établissement d'éducation, ou mis sous la surveillance responsable de ses parents ou d'autres personnes qui voudront en accepter les soins. »

Il faut remarquer cette responsabilité imposée aux personnes qui auront à surveiller l'enfant. Il sera établi que leur surveillance a été jugée insuffisante, si l'enfant commet un nouvel acte prévu par la loi pénale. Ils n'en supporteront pas seulement la responsabilité civile, ils encourront certaines peines. « Cette dernière idée, dit M. Albert Desjardins, ne nous semble pas heureuse ; elle n'est pas de nature à encourager ceux qui voudraient se dévouer à l'éducation et à la réhabilitation, déjà si difficile par elles-mêmes, d'un enfant placé par sa naissance et par ses premières années dans de mauvaises conditions. Il ne faut pas rendre le dévouement trop périlleux. Une surveillance, dont les conséquences sont si redoutables ne saurait être imposée qu'à des parents. La loi, la rend obligatoire pour les tuteurs ; ce qui est aller bien loin. Toutes autres personnes n'en peuvent être chargées que de leur consentement. S'en présentera-t-il beaucoup (1) ? »

1. Albert Desjardins, Code pénal russe. Projet de la Commission de Rédaction. Extrait de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*.

Quand l'enfant a de dix ans à dix-sept ans, la Commission décide que les juges doivent se poser la question du discernement. A-t-il agi sans discernement, il est assimilé au mineur de dix ans. A-t-il agi avec discernement ? Il sera puni, mais il subira sa peine dans un asile d'amen-dement.

M. Desjardins observe en outre, que la commission a eu la sagesse de prévoir une situation, dont les diverses législations ne s'occupent pas en général. Puisqu'il s'agit de responsabilité, c'est au moment de l'action qu'il faut se reporter, pour savoir quel était alors l'âge de l'inculpé. Mais une fois celui-ci condamné, il n'est pas indifférent de savoir à quel âge il est parvenu. S'il a 18 ans, ce n'est pas dans un établissement spécial, c'est dans une prison qu'il sera toujours placé ; mais une compensation lui sera accordée. Le temps, pendant lequel il devrait être privé de liberté, sera réduit de moitié.

XI. — ITALIE

Une ordonnance royale du 20 novembre 1859, a rendu applicable à partir du 1^{er} mai 1860, aux diverses parties du nouvel État italien, le code Sarde du 26 octobre 1839, dit code Albertin. La Toscane toutefois s'est refusée à appliquer ce code ; elle a conservé le code de Léopold II du 20 juin 1853, révisé en 1856. Nous ne parlerons ici que du code Sarde.

Ce code admet un système beaucoup plus compliqué que les précédents. Il distingue jusqu'à cinq périodes :

1° Au-dessous de 9 ans, il y a présomption d'irresponsabilité absolue.

2° De 9 ans à 14 ans, il y a imputabilité douteuse, et par suite la question du discernement à résoudre. En cas de réponse affirmative, la peine est diminuée de trois à quatre degrés.

3° De quatorze ans à dix-huit ans, l'imputabilité est certaine; mais il y a lieu en raison de l'âge à un abaissement de peines de deux à trois degrés.

4° De dix-huit ans à vingt-et-un accomplis, abaissement de la peine d'un seul degré.

5° Après vingt et un ans accomplis, l'âge cesse d'être une cause d'excuse. On applique les peines ordinaires (1).

Le projet de Code pénal en élaboration depuis dix années devant le Parlement italien, n'applique aussi les peines ordinaires, qu'après l'âge de vingt et un ans accomplis.

XII. — ESPAGNE

Dans le Code pénal d'Espagne, l'enfant est irresponsable jusqu'à neuf ans et la peine est atténuée jusqu'à dix-huit ans.

1. Nous n'approuvons pas cette complication du Code pénal sarde. Du moment qu'on arrive à l'âge d'imputabilité certaine, c'est assez pour la diminution de pénalité générale d'une période entre cet âge et celui de la majorité pénale. Les nuances à mettre en outre dans la peine durant cet intervalle, ne sont que des nuances individuelles, auxquelles doivent suffire la latitude laissée aux juges entre le minimum et le maximum, ainsi que les autres moyens d'atténuation ordinaires.

XIII. — BRÉSIL

Dans le Code brésilien, il y a présomption d'innocence jusqu'à quatorze ans. Au-dessous de cet âge, les mineurs ne sont point considérés comme coupables des crimes qu'ils ont commis ; seulement ils sont tenus de réparer sur leurs biens le préjudice qu'ils ont causé. Et, s'il est prouvé qu'ils ont agi avec discernement, ils peuvent être enfermés dans des maisons de correction.

A quatorze ans, la présomption favorable cesse pour le mineur. Mais, le juge peut lui infliger une peine inférieure d'un tiers, à la peine réservée au crime.

Enfin, jusqu'à vingt et un ans, son âge seul constitue une circonstance atténuante, qui doit entraîner une diminution de châtimens (1).

XIV. — LOUISIANE

A la Louisiane, d'après le Code criminel qui a été préparé par Edouard Livingston, l'enfant au-dessous de dix ans ne peut pas être poursuivi. Aucun de ses actes ne saurait être incriminé.

De dix à quinze ans, il y a lieu de décider s'il y a eu discernement. Alors même qu'il y a eu discernement, l'enfant est excusé s'il a commis le crime sur l'ordre ou d'après les instigations des personnes qui ont autorité sur lui.

1. Chauveau et Hélie, *Code pénal*, tom. 1, page 477.

Au-dessus de quinze ans et jusqu'à la majorité, la peine est réduite de moitié, et cette peine est commuée en apprentissage sous la surveillance du gardien de la prison d'Etat, qui le fait instruire dans une profession.

Si nous cherchons à dégager quelques idées générales des législations diverses que nous venons d'examiner, nous voyons que les quatre périodes que nous avons distinguées, d'après les données du droit rationnel et de la science philosophique ne se rencontrent pas dans chacune de ces législations. Ici, c'est l'une, et là, c'est l'autre qui manque. Les périodes les plus généralement admises, sont celles de la non-imputabilité (1), et celle du doute.

Quant à l'âge, où ces diverses législations font commencer où finir chacune des périodes, il varie selon le gré de chaque législateur. La fixation semble faite au hasard. L'influence que l'on pourrait attendre de la diversité des climats, et du développement plus ou moins précoce de l'homme chez les races méridionales, comparées aux races du Nord, non-seulement est nulle, mais encore les législations positives se trouvent souvent en contradiction avec elle (2). C'est ainsi, que l'âge d'irresponsabilité pour l'enfant s'étend à sept ans, dans les lois Anglaise et Russe ; à neuf ans dans les lois Italienne et Espagnole ; à dix ans dans les Codes de l'Autriche, des Pays-Bas, de la Grèce, et de la Louisiane ; à douze ans dans le Code de l'empire d'Allemagne, et enfin à quatorze ans, dans la loi du Brésil.

1. La législation Belge, comme nous l'avons vu, ne reconnaît pas cette période.

2. Ortolan. *Eléments de droit pénal*, tome I, page 120.

D'autre part, l'époque où finit la période du doute, c'est-à-dire l'époque où la présomption d'innocence favorable à l'enfant, cesse, est fixée à quatorze ans dans les lois d'Angleterre, d'Autriche, de Grèce, de Russie, d'Italie ; à seize ans en Hongrie, en Belgique, aux Pays-Bas ; à dix-huit ans, en Allemagne,

Arrivons maintenant à la législation Française, et avant d'entrer dans les détails, essayons de donner une vue d'ensemble du système établi par notre Code pénal.

L'assemblée Constituante, dans le Code pénal du 25 septembre 1791 (Tit. V, art. 1, 2, 3, 4), détruisant toutes les distinctions de notre ancien droit, ne partage plus la vie humaine au point de vue de l'imputabilité pénale, qu'en deux périodes, avec une limite unique :

1^o Avant seize ans accomplis.

2^o Après seize ans.

Dans la première période, il y a doute sur le point de savoir si l'enfant est responsable. Le juge aura à résoudre la question du discernement (art. 1, tit. v, première partie). Cet article était ainsi conçu : « Lorsqu'un accusé déclaré coupable par le jury aura commis le crime pour lequel il est poursuivi avant l'âge de seize ans accomplis, les jurés décideront, dans les formes ordinaires de leurs délibérations, la question suivante : Le coupable a-t-il commis le crime avec ou sans discernement ? »

Si la réponse est, que le crime a été commis sans discernement, il y aura acquittement, sauf au tribunal criminel à ordonner selon les circonstances que l'acquitté sera rendu à sa famille ou conduit dans une maison de correction.

Si la réponse est au contraire, que le crime a été commis avec discernement, il y aura condamnation, mais avec abaissement des peines déterminées par la loi.

Dans la seconde période, c'est-à-dire, après seize ans accomplis, il y a lieu à l'application des règles ordinaires.

C'est ce système qui a passé dans le code pénal de 1810. Seulement, comme le code pénal de la constituante était spécial au cas de crimes, et à la procédure par voie de jurés, un article spécial, l'article 69 fut ajouté dans le code de 1810, pour les cas de délits. Le système actuel est contenu dans les articles 66, 67 et 69 du code pénal. Ces articles portent :

Article 66. — « Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté; mais, il sera, selon les circonstances, remis à ses parents ou conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année. »

Article 67. — « S'il est décidé qu'il a agi avec discernement, les peines seront prononcées ainsi qu'il suit... etc., etc. »

Article 69. — « Dans tous les cas où le mineur de seize ans n'aura commis qu'un simple délit, la peine qui sera prononcée contre lui, ne pourra s'élever au-dessus de la moitié de celle à laquelle il aurait pu être condamné, s'il avait eu seize ans. »

Faisons remarquer en passant, que ce dernier article

a été légèrement modifié par la loi du 28 avril 1832.

L'article abrogé portait : « si le coupable n'a encouru qu'une peine correctionnelle. »

La conséquence de cette correction a été de faire dépendre l'atténuation de peines, du seul caractère du fait plutôt que de la nature de la condamnation. Si le fait constitue un crime, alors même que le coupable n'aurait encouru qu'une peine correctionnelle, l'article est inapplicable.

Ainsi, d'après notre législation criminelle, jusqu'à l'âge de seize ans, la question de l'entière existence du sens moral et du discernement demeure un point douteux. Cette question doit être examinée et discutée à part, et il faut qu'elle soit résolue affirmativement pour que l'agent puisse être frappé d'une peine.

Après seize ans, la maturité morale est présumée complète et l'individu est soumis aux règles communes de la responsabilité. — Voilà le système. Il a pour lui le mérite de la simplicité ; mais on peut lui adresser plusieurs critiques :

Tout d'abord, il n'admet pas, comme l'ont fait la plupart des législations étrangères, une période d'irresponsabilité absolue, bien qu'on ne puisse douter qu'il existe une époque, celle de la première enfance, où l'innocence de l'agent est une certitude. Quel que soit son âge, l'enfant peut être traduit en justice, au gré du ministère public. Sans doute, en règle générale, les magistrats ne procèdent qu'avec une grande prudence. Ils ne poursuivent un enfant que s'il y a vraiment doute sur son discernement. Mais il n'en est pas moins vrai que les

abus sont possibles, et l'on peut même citer plusieurs faits qui prouvent que ces abus se sont quelquefois produits. C'est ainsi que dans la statistique criminelle de 1854 nous trouvons l'exemple de trois enfants n'ayant pas encore six ans révolus, mis en accusation pour crimes devant la cour d'assises. Une telle poursuite était évidemment contraire à l'humanité. Pourquoi flétrir dans son germe, suivant l'expression de MM. Chauveau et Hélie, la vie de ces jeunes enfants, dont il était impossible de prouver la criminalité ?

Autre exemple ; Devant le Tribunal Correctionnel de Vannes, comparaisait à l'audience du 24 avril 1850 un enfant de six ans, poursuivi pour avoir occasionné par ses coups la mort d'un camarade âgé de quatre ans. Le témoin du fait avait aussi quatre ans. Le journal « *Le Droit* » n° du 7 mai 1850 qui rapporte l'affaire s'exprime ainsi « Une affaire qui n'a peut-être pas de précédents dans les fastes judiciaires, se présentait aujourd'hui devant le tribunal. Trois enfants y jouent le rôle principal. L'un est mort ; l'autre est accusé de l'avoir tué ; le troisième est le seul témoin qui puisse déposer des circonstances de la lutte et ils ont ensemble quatorze ans. »

Ce sont là des faits fort rares ; mais avec la législation existante, on peut toujours craindre de les voir se renouveler. « D'ailleurs, dit M. Rossi (1), s'il est entendu que les enfants au-dessous de l'âge de huit ou neuf ans ne doivent pas être poursuivis, rien ne saurait justifier une loi qui rend ces poursuites possibles. »

1. *Op. cit.*, tom. II page 32.

Une seconde critique, qu'on peut adresser au système établi par notre code pénal, c'est qu'il a fixé trop tôt la pleine majorité pénale. Sans doute, comme le dit M. Rossi, « il serait ridicule de prolonger jusqu'à la majorité civile, le cours de la présomption favorable à l'enfant. » Fort heureusement, le sens moral, la connaissance du bien et du mal se développent plus vite que le sens des affaires et des intérêts purement utilitaires. Toutefois les entraînements irréfléchis de la jeunesse s'étendent au-delà de la limite fixée par notre législation. A seize ans, le sens moral existe incontestablement ; mais la culpabilité est encore amoindrie, et plusieurs criminalistes, M. Ortolan notamment, ont pensé avec raison, que tout en fixant plus tôt le point de départ pour la présomption de responsabilité, la loi aurait dû proroger l'atténuation légale des peines, jusqu'à l'âge de la majorité civile.

Plusieurs auteurs (1) sont même d'avis qu'il conviendrait de reculer le point de séparation entre l'âge favorisé par la présomption d'irresponsabilité, et celui sur lequel pèse la présomption contraire un peu au-delà de la limite indiquée par l'observation et les résultats statistiques. La raison en est, d'après M. Rossi, « qu'il importe peu que quelques jeunes gens échappent à la peine qu'ils ont peut être méritée, ou qu'ils ne subissent qu'une punition inférieure à la peine ordinaire. Tandis qu'un jugement qui flétrirait à tort une jeune vie, un jugement qui frapperait de ces coups irréparables qui sont réservés aux crimes les égarements de la première jeunesse, serait un

1. Voy. Rossi, et Chauveau et Hélie.

événement déplorable qui révolterait les consciences et ravalerait la justice. »

On peut objecter sans doute, que les présomptions établies par la loi relativement à l'âge de l'accusé n'enlèvent point au juge le droit de proclamer qu'il a agi sans discernement, et de l'absoudre quelque soit son âge. Mais, il n'en est pas moins vrai que la présomption de responsabilité établie par le législateur à partir de seize ans influence en général les juges contre l'accusé. Ils seront naturellement portés à appliquer à l'accusé âgé de plus de seize ans, la présomption qu'il a agi avec discernement.

Dans le cours des discussions relatives aux modifications du code pénal, un député proposa un amendement tendant à reculer jusqu'à dix-huit ans l'époque où la question de discernement doit être posée. Ce député, M. Teulon, a dit dans la discussion générale : « La disposition du code me paraît cent fois plus absurde et plus barbare que la peine de mort elle-même. Car elle peut avoir pour effet de faire appliquer cette peine à un enfant. Le code pénal en fixant à seize ans, l'âge auquel est attachée la présomption légale que l'accusé a agi avec discernement me paraît avoir complètement méconnu les lois qui président au développement de l'intelligence humaine. Il n'est pas vrai qu'un jeune homme de seize ans ait le bon sens, la maturité, surtout l'habitude de la réflexion, qu'il aura dans un âge plus avancé. Il n'est pas vrai qu'il ait sur les passions l'empire qu'il acquerra probablement sur elles avec quelques années de plus, et lors même qu'on me citerait l'exemple d'individus de cet âge, chez qui se seraient rencontrés

l'instinct qui pousse au crime, les combinaisons qui en calculent l'exécution, la férocité qui étouffe le remords, je répondrai que la question n'est pas de savoir si toutes ces circonstances peuvent se rencontrer, ou même se rencontrent ordinairement, chez les criminels de seize ans; mais au contraire de savoir s'il n'est pas quelques cas, quelques rares qu'ils puissent être où ces mêmes circonstances ne se rencontrent pas. Voilà, ce me semble, comment la question doit être posée (1). »

L'amendement du député Teulon ne fut pas adopté; mais les motifs qu'il invoquait n'en sont pas moins exacts. Cela est si vrai, que la loi elle-même, dans l'art. 356 relatif au cas d'enlèvement, a tenu compte de ce que l'accusé avait moins de vingt et un ans. « Lorsque l'accusé n'a pas atteint cet âge, dit l'article 356, son action n'est considérée que comme un délit, et punissable d'un emprisonnement de deux à cinq ans. » Voici d'ailleurs comment s'exprimait l'exposé des motifs : « La loi se borne à prononcer contre lui des peines correctionnelles, elle le punit comme ayant commis une action très répréhensible sans doute, et comme sachant très bien que cette action était défendue par la loi. Mais elle ne veut pas le punir aussi sévèrement que s'il était d'un âge qui ne permet pas de douter qu'il a senti toutes les conséquences de son crime. »

On peut encore tirer un argument contre cet âge de seize ans fixé par la loi, de l'article 22 du Code pénal, abrogé depuis, qui exemptait les mineurs de la peine de

1. Séance du 19, *Moniteur* du 20 mars 1832.

l'exposition, non jusqu'à l'âge de seize ans seulement, mais jusqu'à l'âge de 18 ans. Le législateur avait donc reconnu lui-même que l'âge de seize ans ne pouvait former une majorité absolue en matière pénale puisqu'il avait cru devoir y déroger dans les cas spéciaux des articles 22 et 356.

Nous pouvons de plus remarquer ici, que la loi aurait dû étendre l'exception qu'elle faisait seulement à l'égard de la peine de l'exposition. Nous croyons qu'il aurait été juste et humain de décider, que la peine de mort, et peut-être même encore les peines perpétuelles ne seraient pas applicables aux mineurs de dix-huit ans, ou mieux de vingt et un ans (1). Relativement à la peine de mort, l'exception se trouve consacrée par plusieurs législations étrangères. Les Codes de Belgique et d'Espagne défendent de prononcer la peine de mort contre les mineurs de dix-huit ans, et le Code italien exige même pour que cette peine puisse être appliquée, que le coupable soit âgé de vingt et un ans, sauf dans les cas de crimes atroces.

A l'égard des peines perpétuelles, il y aurait aussi plusieurs raisons pour ne pas les appliquer aux mineurs de 18 ans ou de 21 ans. MM. Chauveau et Hélie les exposent ainsi : « D'une part, la jeunesse du coupable atténue nécessairement ses fautes, et d'un autre côté cette jeunesse elle-même ne fait qu'aggraver la mesure d'une peine qui saisit le coupable à son entrée dans la vie et le suit jusqu'au tombeau. Un autre motif vient militer encore pour une atténuation; c'est l'inégalité d'une peine perpétuelle

1. Sur ce point, voir Haüs. *Droit pénal Belge*, tom. 1, page 216.

appliquée à la fois à un mineur de 18 ans et à ses complices plus âgés. »

Quoiqu'il en soit, c'est à 16 ans que notre législation fixe le point de départ de la majorité pénale. L'article 66, comme nous l'avons vu déjà, commence par ces mots : « Lorsque l'accusé aura moins de 16 ans. » Mais comment devons-nous comprendre cet âge de moins de 16 ans ? S'agit-il d'individus qui n'ont point encore 16 ans accomplis, ou bien de ceux qui n'ont pas commencé leur seizième année ?

Les deux opinions ont été soutenues :

Pour prétendre que les articles 66 et suivants du Code pénal ne peuvent être invoqués que par ceux qui n'ont pas commencé leur seizième année et qui sont encore dans leur quinzième, on se fonde sur ce fait, que, lorsque le législateur entend parler « d'années accomplies, » il s'en explique catégoriquement, comme dans l'article 66 *in fine* : « L'individu sera détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura *accompli* sa vingtième année. »

De même, l'article 70 du Code pénal dit : « Les peines de... ne seront prononcées contre aucun individu âgé de 70 ans *accomplis* au moment du jugement. »

Enfin on invoque l'adage : « *Annus inceptus, pro completo habetur.* »

Malgré ces raisons, nous croyons qu'il y a minorité de seize ans, tant que la seizième année n'est pas accomplie, bien que la quinzième soit révolue. En effet, le sens grammatical des mots, ne permet pas de considérer

comme âgé de seize ans, celui qui n'est encore que dans sa seizième année. Il a, il est vrai, plus de quinze ans, mais il n'a pas seize ans, c'est-à-dire seize fois douze mois. L'argument tiré de l'adage : « *Annus conceptus, pro completo habetur* », qu'on invoque dans l'opinion adverse n'a aucune valeur. Cet adage, n'est qu'une présomption fort discutée, même en droit civil où on refuse de l'admettre à propos de l'article 903 (1).

Ajoutons que le Code pénal de 1791 désignait expressément l'âge de seize ans accomplis, et que rien n'annonce que le législateur de 1810 ait voulu modifier cette disposition.

Enfin, comme dernier argument, remarquons qu'en matière criminelle, on doit toujours préférer entre deux interprétations, celle qui est le plus favorable à l'accusé (2).

Nous venons de voir ce qu'il faut entendre par minorité de 16 ans, mais il nous reste encore à examiner plusieurs difficultés relatives à la question d'âge.

I. — A quel moment, faut-il s'attacher pour apprécier si l'accusé est âgé de plus ou de moins de seize ans ?

Il faut s'attacher seulement au moment du crime ou du délit. Il importe peu, que l'accusé ait accompli sa seizième année entre l'action et le jugement. Les articles 66 et 67

1. Cet article 903 du C. c., relatif à la liberté de disposer parle également du mineur âgé de moins de 16 ans, et les auteurs entendent par là tout mineur qui n'a pas accompli sa seizième année, malgré la faveur due à la liberté de disposer.

2. Voy. en ce sens. Chauveau et Hélie, Carnot sur l'art. 66, Blanche.

ne sauraient être compris autrement, puisqu'il faut apprécier la culpabilité de l'accusé au moment, où, dit le texte « il a agi. »

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 17 septembre 1818 a jugé en ce sens. « Attendu que des pièces produites, il demeure constant que Bertrand Olive, réclamant, était âgé de moins de seize ans, lorsqu'il a commis le crime pour lequel il a été condamné, » elle annula l'arrêt qui avait omis de faire à cet accusé l'application des articles 66 et 67 du Code pénal. *Sic. cass. 19 avril 1821.*

II. — Comment se prouvera la minorité de seize ans.

Remarquons d'abord, que la plupart du temps, la question de savoir si l'inculpé avait moins de seize ans ou plus de seize ans accomplis, ne sera même pas examinée parce qu'il n'existera aucun doute sur sa solution.

Si quelque doute s'élève, l'âge de l'accusé se prouvera naturellement, par la production de son acte de naissance. Mais qu'arrivera-t-il si cet acte ne peut pas être produit? Devra-t-on alors considérer l'accusé, jusqu'à preuve du contraire comme âgé de moins de seize ans? Ou bien faudra-t-il admettre la présomption inverse, c'est-à-dire le considérer comme majeur et lui faire perdre le bénéfice des articles 66 et suivants du code pénal ?

Par arrêt du 19 avril 1821, la Cour de Cassation a jugé en ce dernier sens. Elle a décidé que faute par l'accusé de produire un acte de naissance, constatant son âge, il y avait présomption qu'il n'était pas âgé de moins de seize ans, lors du crime dont il était déclaré coupable, et qu'ainsi il n'y avait pas lieu de poser à son égard la question du discernement.

Mais cette décision nous paraît inadmissible. La présomption qu'elle consacre ne s'appuie sur aucune disposition de la loi. L'âge de l'accusé est un fait, un élément d'aggravation ou d'atténuation de la peine. Or, dans le doute, ce fait, comme tous les autres faits qui peuvent exercer une influence sur l'application de la pénalité, doit être soumis à l'appréciation du juge (1). Nous pensons, que dans tous les cas, l'âge de l'accusé doit être établi, lorsque cela est possible, soit par son acte de naissance, soit par tous autres documents, et que c'est au ministère public à l'établir, car ici, comme en toute autre matière, dans le doute, c'est la présomption la plus favorable à l'accusé qui doit l'emporter.

La Cour de Cassation a fini par se ranger à cette dernière opinion. Un arrêt du 26 septembre 1850 (2) dispose en effet : « qu'aux termes de l'article 340 du Code d'instruction criminelle, si l'accusé a moins de 16 ans, le président doit à peine de nullité poser la question du discernement ; que la question de savoir si l'accusé a moins de 16 ans ayant pour objet un fait essentiellement modificatif de la criminalité, doit être posée au jury, toutes les fois que les énonciations de l'arrêt de mise en accusation ou les résultats du débat paraissent l'indiquer ; que dans l'espèce l'ordonnance de prise de corps énonce que l'accusé avait près de 16 ans à l'époque de la perpétration du crime ; que cette ordonnance confirmée par l'arrêt de

1. En ce sens, Chauveau et Hélie. — Le Sellyer, *traité de la criminalité*, n° 111.

2. Dalloz, 1850, 1. 334.

renvoi fait corps avec cet arrêt ; que néanmoins ce même arrêt dans son préambule et l'arrêt de la cour d'assises qui en reproduit les termes, portent que l'accusé était âgé de 16 ans ; mais que cette énonciation qui n'indique point qu'il y ait eu vérification de ce fait, ne suffit pas pour détruire la première ; que dès lors le président de la cour d'assises avait le devoir de soumettre au jury une première question, sur le point de savoir si l'accusé avait moins de 16 ans. »

L'arrêt du 19 avril 1821, précité, décide que le condamné qui n'a pas produit devant la Cour d'assises l'acte de naissance prouvant qu'il était âgé de moins de seize ans au moment du délit, n'est pas recevable à le présenter à la Cour de Cassation. Le motif invoqué, est qu'il n'est pas dans les attributions de la Cour de juger le mérite des actes qui n'ont pas été produits devant les tribunaux qui ont rendu le jugement attaqué. Cela revient à dire, qu'un individu condamné, ne peut pas invoquer pour la première fois devant la Cour de Cassation le bénéfice de son âge. On a fait valoir à l'appui de cette décision, que la circonstance de l'âge, fait partie des circonstances de fait dont l'appréciation est laissée au jury, et que sur tout ce qui touche le fait, la Cour de Cassation ne peut rien. De plus, la loi n'établissant aucune nullité, pour le cas où le ministère public aura négligé de faire telle ou telle vérification relativement à l'âge de l'accusé, il est impossible, dit-on, de casser pour ce motif l'arrêt de la Cour d'Assise (1).

1. Le Sellyer, *Traité de la criminalité*. n° 113. Arrêt du 27 février 1845 (Sirrey, 45, 1, 544).

Malgré ces raisons, nous croyons mauvaise, la jurisprudence de la Cour de Cassation sur le point qui nous occupe. L'âge du prévenu, comme nous l'avons vu, est un des principaux éléments de la criminalité. Comment admettre qu'une décision rendue dans l'ignorance de cet élément soit souveraine ? Pourquoi le moyen tiré du défaut de discernement, ne pourrait-il pas être opposé pour la première fois devant la Cour de Cassation (1) ? Rien ne s'oppose, à ce que la cour fasse établir devant elle la preuve de l'âge du condamné. Il y a même ici un intérêt supérieur d'humanité à invoquer. Carnot dans ses observations sur l'article 66 du Code pénal, n° 11, s'exprime ainsi : « Faudra-t-il que l'accusé porte sa tête sur l'échafaud, lorsqu'il pourrait être si facilement constaté qu'il n'avait pas réellement l'âge de seize ans accomplis, quand il s'était rendu coupable ? La poursuite des crimes doit être faite à charge et à décharge, et l'accusé n'aurait pas allégué qu'il n'était pas âgé de seize ans accomplis, qu'il serait du devoir du ministère public de s'en assurer. Si le ministère public a négligé de remplir ce devoir sacré, l'accusé devrait-il devenir la victime d'une telle imprévoyance ? Cependant il le deviendrait, si son acte de naissance à la main, il n'en devait pas moins subir une peine qu'il n'aurait pas encourue (2). »

Ajoutons que la Cour de cassation elle-même avait dans

1. Sic. Trebutien, *Droit pénal*, tome I, page 394. D'après cet auteur, la loi qui fixe l'âge du discernement est une loi d'ordre public, à laquelle le prévenu n'a pu renoncer, et dont la violation constitue un moyen de cassation.

2. Carnot, tome I^{er}, p. 213.

le principe embrassé cette sage doctrine, à laquelle on doit vivement souhaiter la voir revenir. Quelques arrêts, avaient décidé que le condamné, qui n'a pas produit devant le tribunal correctionnel ou la Cour d'assises, la preuve qu'il était âgé de moins de 16 ans au moment du délit, était recevable à faire cette preuve devant la Cour de cassation (1).

Notons encore deux arrêts de la Cour suprême qui ont trait à deux espèces spéciales :

1° Par un arrêt du 19 messidor, an V, la Cour a décidé que l'accusé qui s'est dit âgé de seize ans dans tous ses interrogatoires, ne peut être réputé âgé de moins de seize ans, comme il le prétend ultérieurement, s'il ne justifie pas de son âge dans le délai d'un mois qui lui a été fixé à cet effet et si son nom n'existe sur aucun des registres des communes qu'il a indiquées (2).

Cet arrêt ne décide nullement la question en principe ; il ne juge qu'une spécialité.

2° Un arrêt du 3 octobre 1817, a jugé que l'accusé qui s'est dit dans un premier interrogatoire âgé de seize ans et a déclaré un âge inférieur dans les interrogatoires suivants, ne doit pas être réputé âgé de moins de seize ans pour donner lieu par suite à la position de la question de discernement, si aux débats, sur l'interpellation d'âge il a répondu, seize ans, et si lui et son défenseur n'ont pas réclamé contre l'arrêt de condamnation qui lui donne ce même âge (3).

1. Crim. cass. 9 mess. an VIII. 8 b um. an IX.

2. Crim. rej. 17 mess. an V., cet arrêt est rapporté par Dalloz, *Répertoire de législation*, mot *peine*, n° 436, note 1.

3. Dalloz, *Répert.*, mot *peine*, n° 437.

III. — Quelle est la juridiction compétente pour apprécier les pièces produites et juger quel est l'âge de l'accusé ?

S'il s'agit d'une affaire soumise au tribunal correctionnel, il n'y a pas de difficultés. Ce tribunal peut seul statuer sur l'âge de l'inculpé.

Mais, s'il s'agit d'une affaire soumise au jury, est-ce à la cour d'assises ou au jury, qu'il appartient de prononcer ?

Les deux opinions ont été soutenues :

Pour prétendre que l'appréciation de l'âge de l'individu déclaré coupable, doit être laissée à la cour d'Assises, on se fonde sur ce que les jurés n'ont à délibérer que sur les questions à eux posées (art. 342, 343 du code d' I. C.), et que précisément, l'énumération que fait le code d'instruction criminelle des questions à soumettre au jury, ne comprend point la question relative à l'âge de l'accusé.

On ajoute, qu'il n'y a d'ailleurs aucun inconvénient à ne pas laisser au jury l'examen de la question de savoir quel est l'âge de l'accusé puisque les jurés ont toujours la ressource de déclarer l'accusé non coupable, s'ils croient, malgré l'arrêt de la cour, que l'accusé n'avait pas seize ans.

Cette première opinion a reçu la sanction de la cour de cassation, dans un arrêt du 16 septembre 1836, cassant un arrêt de la cour d'assises du département de la Corse, du 9 avril 1836 qui avait soumis au jury la question de minorité de seize ans (1).

1. Elle avait aussi été admise par M, Le Sellyer. dans son *traité*

Mais la cour suprême est revenue sur sa décision (1). Elle admet aujourd'hui que c'est au jury à statuer sur l'âge de l'accusé, et avec raison, selon nous. En effet, il faut reconnaître que la question de minorité de seize ans, constitue par elle-même, et indépendamment de la question de discernement dont elle est le préliminaire obligé, un véritable fait d'excuse, devant nécessairement amener une diminution de peine (2). Or, si elle est une excuse, elle est comprise dans l'énumération des questions qui doivent être soumises au jury, puisque tous les faits d'excuse, quels qu'ils soient, sont de la compétence exclusive du jury. Aux termes de l'article 339 du code d'instruction criminelle : « Lorsque l'accusé aura proposé pour excuse, un fait admis comme tel par la loi, le Président devra à peine de nullité en poser la question au jury. »

Il y a en outre ces motifs indiqués dans l'arrêt du 4 mai 1839 : « que la circonstance de l'âge de l'accusé au dessous de seize ans est essentiellement modificatrice de la criminalité ; qu'aux termes des articles 66 et 67 du code pénal elle efface le crime ou change la peine selon que l'accusé est déclaré avoir agi avec ou sans discernement ; qu'elle ne peut pas être fixée d'une manière absolue et par la seule considération de l'époque à laquelle l'accusé a pris naissance ; mais qu'elle doit l'être dans son rapport avec l'époque souvent incertaine à laquelle il aurait com-

de droit criminel, mais cet auteur l'a depuis abandonnée. (*Traité de la criminalité*, n° 112).

1. Arrêt du 4 juin 1839 (Sirrey, 39. 1. 47), 26 septembre 1846. (S. 46. 1. 756) 26 septembre 1850 (Sir. 50. 1. 891).

2. Blanche, *code pénal*, tom. II. n° 311.

mis le crime qui lui est imputé ; que cette circonstance se lie donc au fait de l'accusation ; qu'elle en forme un des principaux éléments ; d'où il suit que la solution de la question qui le concerne, rentre dans les attributions du jury. »

CHAPITRE II

DU BÉNÉFICE DE JURIDICTION OU DE COMPÉTENCE ACCORDÉ AUX MINEURS DE SEIZE ANS

Le Code pénal de 1810, n'avait attribué à la minorité de seize ans, aucune influence sur les règles de compétence. Suivant le droit commun, tous les crimes commis par les mineurs rentraient dans la compétence des cours d'assises, et les Tribunaux correctionnels n'avaient que la connaissance des délits.

Quelques années plus tard, on se demanda, s'il ne convenait pas, au moins pour certains crimes, de soustraire les jeunes accusés à l'ignomie d'un procès en Cour d'assises, et de les renvoyer devant la juridiction moins infamante du Tribunal correctionnel.

La loi du 25 juin 1824, vint donner cette satisfaction à l'opinion publique, qui dès cette époque commençait à s'intéresser à toutes les questions touchant à l'enfance coupable (1). Elle disposa dans son article 1^{er} : « que les

1. Nous devons faire remarquer, que même avant la loi de 1824, on avait essayé de soutenir, que d'après les seules dispositions du code d'instruction criminelle et du code pénal, l'individu âgé de moins de seize ans, qui avait commis un fait qualifié crime, ne devait pas toujours être renvoyé devant la Cour d'assises. On s'appuyait sur ce que les accusés âgés de moins de seize ans pouvaient à raison de cette cir-

individus âgés de moins de seize ans, qui n'auraient pas de complices au dessus de cet âge, et qui seraient prévenus de crimes autres que ceux auxquels la loi attache la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, ou celle de la déportation, seraient jugés par les tribunaux correctionnels. »

Lors de la révision du code pénal en 1832, l'article 1^{er} de la loi du 25 juin 1824, devint avec de légères modifications l'article 68 du code pénal. Cette transposition a été expliquée dans la discussion de la loi de révision dans les termes suivants : « L'article 1^{er} du 25 juin 1824 a déferé aux tribunaux correctionnels les mineurs âgés de seize ans qui se seraient rendus coupables de crimes autres que ceux auxquels la loi attache la peine de mort

constance n'être punis que de peines correctionnelles aux termes de l'article 67 du code pénal, et on en concluait qu'ils devaient pour ce motif être renvoyés devant le tribunal correctionnel. Il existe en ce sens, un arrêt rendu par la cour impériale de Paris le 2 mars 1811.

Mais cet arrêt violait ouvertement les règles de compétence établies par les articles 230 et 231 du code d'instruction criminelle, la seule circonstance de l'âge des accusés ne pouvant les soustraire à une poursuite criminelle. C'est ce qu'avait jugé la cour de cassation, dans un arrêt du 4 avril 1811, annulant sur les conclusions de M. Merlin, procureur général impérial, l'arrêt rendu par la Cour de Paris. Entre autres motifs, l'arrêt de cassation est fondé sur ce que la circonstance d'âge devant aux termes des articles 340 et 346 du code d'instruction criminelle, donner lieu à une question dont la décision rentre dans les attributions du jury, il en résultait que la minorité de seize ans ne pouvait empêcher les prévenus d'être renvoyés devant la cour d'assises puisqu'il ne peut y avoir de jury que dans les affaires qui s'instruisent criminellement devant les cours d'assises (arrêt de cassation du 4 avril 1811. *Bulletin*, année 1811. n° 42).

celle des travaux forcés à perpétuité ou celle de la déportation. Cette loi devait trouver place dans le projet actuel. Nous avons pensé que cette disposition ne trouvait pas convenablement sa place à la suite de l'article 67, qu'il fallait qu'elle fût complètement isolée de cet article, afin qu'on pût trouver plus facilement les rapports qu'elle a essentiellement tout à la fois avec ce dernier article et l'article précédent. Il fallait donc trouver une autre place. Cette place est naturellement celle de l'article 68, qui devient sans objet au moyen d'une disposition que vous avez adoptée précédemment (1). »

Le nouvel article 68 est ainsi conçu : « L'individu âgé de moins de seize ans qui n'aura pas de complices *présents* au-dessus de cet âge, et qui sera prévenu de crimes autres que ceux auxquels la loi attache la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, la peine de la déportation, ou celle de la détention, sera jugé par les tribunaux correctionnels qui se conformeront aux articles ci-dessus. »

Cet article diffère sur deux points de l'article 1^{er} de la loi de 1824 d'où il est originairement tiré :

1^o Il exige, pour que les mineurs soient jugés par la Cour d'assises, la *présence* des complices.

2^o Il a ajouté aux peines dont l'application doit être faite par la Cour d'assises, la peine de la détention.

L'exception au droit commun écrite dans l'article 68 du code pénal a eu pour but d'épargner aux mineurs la

1. Il s'agit de la disposition supprimant la peine de l'exposition publique dans les cas prévus par l'article 67.

flétrissure des débats au grand criminel et de leur donner une justice plus prompte et moins solennelle.

Elle a eu pour résultat de faire juger par les tribunaux correctionnels, des procès dans lesquels on ne pouvait jamais prononcer que des condamnations correctionnelles. Voici en effet, ce que disait M. de Peyronnet, alors garde des sceaux, dans l'exposé des motifs de l'article 1^{er} de la loi de 1824, à la chambre des députés : « Quoi de plus convenable et même de plus régulier que de faire juger par les tribunaux correctionnels des procès dans lesquels on ne peut jamais prononcer que des condamnations correctionnelles ? Quoi de plus convenable que de soustraire à la honte et à la solennité des jugements criminels ces accusés qui n'ont pas atteint l'âge d'homme, et auxquels au lieu de supplices la loi n'inflige encore que des corrections ? Quoi de plus utile, que d'abréger pour eux le temps de leur première détention, ce temps dangereux pendant lequel, retenus nécessairement dans les maisons d'arrêt, ils restent confondus avec les autres accusés dont on instruit le procès, et reçoivent avec tant de facilité les enseignements du vice et du crime ? »

Ce sont là des avantages certains. Toutefois plusieurs criminalistes se sont demandés s'il n'y avait pas de grands inconvénients à priver, dans le cas de l'article 68, les accusés de moins de seize ans, de la juridiction du jury. Ne semble-t-il pas que les jurés soient plus aptes que les juges correctionnels à connaître des crimes des mineurs et à apprécier les questions de moralité et de discernement ? En un mot, est-ce bien véritablement une faveur que la loi de 1824, a faite à ces mineurs.

Nous le pensons, malgré les critiques éloquentes que MM. Chauveau et Hélie adressent à cette loi. « Il est à craindre, disent-ils, que les tribunaux correctionnels, juges permanents, n'apportent dans le jugement de ces accusés, ces règles fixes que la jurisprudence établit, et qui peuvent entraîner une fausse appréciation du fait et de l'accusé. Les jurés, ne sont-ils pas les juges naturels des accusés de moins de seize ans comme des autres accusés? Auraient-ils moins d'indulgence et de paternité? Un grand inconvénient de ce changement de juridiction est d'ailleurs d'apporter dans cette compétence des hésitations et des difficultés qui embarrassent des règles qui devraient être évidentes pour tous (1). »

Quoiqu'il en soit, nous croyons que les jeunes accusés ont tout intérêt pour sauvegarder leur réputation dans l'avenir, à ce qu'on fasse le moins de bruit possible autour de leur procès. Et l'on ne peut nier que la publicité qui s'attache aux affaires de Cour d'assises est beaucoup plus grande que celle qui s'attache aux affaires de police correctionnelle. Le tribunal correctionnel formera en quelque sorte un tribunal de famille, chargé d'une mission répressive et paternelle tout à la fois, rôle que pourrait difficilement remplir la cour d'assises, précisément à cause de la trop grande publicité qui l'entoure.

En 1832, lors de la révision générale du code pénal, on chercha encore à éviter pour l'enfant, la flétrissure des débats publics.

La commission de la Chambre des pairs, proposa de

1. Chauveau et Hélie, *Code pénal*, tom. 1, page 494.

juger les enfants de moins de douze ans à huis-clos en chambre du conseil. Elle avait rédigé l'amendement suivant : « Si l'individu est âgé de moins de douze ans la chambre du conseil pourra ordonner sur le rapport du juge d'instruction, le ministère public entendu, que les débats aient lieu à huis-clos, les parents du prévenu appelés. S'il n'est pas assisté d'un conseil, il lui en sera donné un d'office. Le jugement sera prononcé à l'audience publique, hors de la présence du prévenu. » On ne voulait pas que l'enfant fût présent au moment où le jugement devait être prononcé, afin qu'il n'éprouvât pas une humiliation qui rejaillirait sur le reste de sa vie (1).

L'amendement fut rejeté, comme contraire au principe de la publicité des débats en matière criminelle. D'ailleurs nous ne croyons pas qu'il aurait eu les bons effets, qu'on en attendait. M. Chauveau Adolphe (2), à propos de cet amendement de la commission de la chambre des pairs s'exprime ainsi : « Il n'aurait point sauvé l'enfant accusé de la contagion du vice qu'il reçoit dans les prisons où il subit sa détention préalable ; il ne l'eût point préservé de la flétrissure dont un jugement peut empreindre sa jeune imagination, et en lui ôtant les garanties de la publicité de l'audience, il n'aurait point empêché la publicité du jugement. »

Ainsi, l'article 68 du code pénal, établi par dérogation aux règles ordinaires sur la compétence, que les mineurs de seize ans, qui ont commis un fait qualifié crime, doivent être jugés par les tribunaux correctionnels. Mais

1. *Moniteur* du 20 mars 1832.

2. Code pénal progressif, page 194.

cette exception au droit commun souffre elle-même trois exceptions. Le mineur est en effet justiciable de la Cour d'assises dans les trois cas suivants :

1° Lorsqu'il a des complices *présents*, âgés de plus de seize ans, qui doivent être jugés par la cour d'assises.

La raison de cette exception est dans l'indivisibilité de la procédure. La Cour d'assises, étant seule compétente pour juger les individus majeurs de seize ans et accusés de crimes, pour ne pas scinder la poursuite et le jugement, le législateur a décidé que le mineur serait traduit avec ses complices devant cette juridiction.

Il est vrai, qu'on aurait pu logiquement faire juger les complices du mineur par la juridiction correctionnelle ; car il est de principe que le tribunal compétent pour juger un individu l'est par là même pour juger ses complices. Mais l'on n'a pas voulu faire profiter le complice majeur de dispositions bienveillantes que la loi n'a établies que par égard pour la faiblesse d'un âge qui n'est pas le sien. Ces raisons sont très bien indiquées dans l'exposé des motifs. On y lit en effet : « Les choses étant ainsi pour l'auteur isolé du fait, qui aurait plus de seize ans, elles doivent certainement rester dans le même état, pour le coupable qui aurait des complices de moins de seize ans. Pourquoi participerait-il à des dispositions bienveillantes que la loi n'aurait établies que par égard pour la faiblesse d'un âge qui ne serait plus le sien. Bien loin d'être digne de cette indulgence, il mériterait plutôt qu'on redoublât envers lui de sévérité, puisque indépendamment de son crime, on aurait vraisemblablement à lui reprocher d'avoir corrompu l'enfant qu'il

aurait choisi pour complice. Il ne suffirait pas d'ailleurs, comme à l'égard de l'accusé de moins de seize ans, de changer la juridiction ; il faudrait en même temps changer la peine ; puisque les tribunaux correctionnels ne prononcent pas de peines afflictives. Ainsi, l'on ne pourrait faire participer les complices âgés de plus de seize ans, aux avantages qu'auraient obtenus les accusés de moins de seize ans, sans leur accorder en effet des avantages plus considérables ; ce qui blesserait la justice et révolterait la raison. Il faut donc nécessairement que les complices âgés de plus de seize ans, continuent d'être jugés par les Cours d'assises. Mais dès lors, il est nécessaire aussi que les accusés de moins de seize ans, qui ont des complices d'un âge plus avancé, continuent d'être jugés dans les mêmes cours ; car l'accusation ne peut pas être divisée. Cette division serait dangereuse pour la justice et quelquefois même pour les accusés. Elle serait contraire aux maximes admises dans la législation et la jurisprudence criminelles ; elle serait contraire au but que l'on se propose puisqu'en séparant les poursuites, elle multiplierait les débats et les jugements ; ce qui n'est certainement pas une amélioration. »

L'article 68 exige pour que le mineur soit justiciable de la Cour d'assises que les Complices soient *présents*. Nous avons vu que cette condition ne se trouvait pas dans la loi de 1824 et qu'elle a été ajoutée en 1832. Quant aux motifs de cette addition, il est impossible de les trouver dans les travaux préparatoires. Les discours et rapports insérés au *moniteur*, n'en mentionnent aucun. Ce silence s'explique d'ailleurs aisément. Les raisons, qui

en 1824 avaient fait décider que le prévenu âgé de moins de seize ans devait être traduit devant la Cour d'assises s'appliquaient même au cas où les complices n'étaient pas présents. Quoiqu'il en soit, il résulte de cette condition de la *présence* des complices, que si ceux-ci sont en état de contumace, le mineur de seize ans devra être traduit devant le tribunal correctionnel; il en sera de même encore toutes les fois que pour une cause ou pour une autre, la même poursuite ne pourra pas embrasser le mineur et ses complices, parce que ces derniers sont morts ou inconnus.

2° Le mineur de seize ans est justiciable de la Cour d'assises, toutes les fois que le crime qu'il a commis est de nature à entraîner soit la peine de mort, soit les travaux forcés à perpétuité, soit la déportation, soit la détention.

Cette exception se justifie soit par la gravité, soit par la nature du crime. On l'a expliqué aussi par cette considération, que la peine applicable aux termes de l'article 67 du code pénal est celle de l'emprisonnement de dix à vingt ans, et que la durée de cet emprisonnement excède celle des peines que les tribunaux correctionnels peuvent infliger (1).

D'après l'article 1^{er} de la loi de 1824, la Cour d'assises n'était compétente pour juger les mineurs, que lorsque les crimes par eux commis étaient de nature à entraîner soit la peine de mort, soit celle des travaux forcés à perpétuité, soit celle de la déportation. Ce n'est qu'en 1832, lors de la révision du code pénal, qu'on a étendu la com-

1. Voir l'exposé des motifs de l'art. 1^{er} de la loi de 1824.

pétence de la Cour d'assises au cas où le crime commis était de nature à entraîner la peine de la détention. Les travaux préparatoires n'indiquent pas la trace des motifs de cette modification. Mais ces motifs sont évidemment que la détention est une peine applicable à un crime politique, et que c'est la Cour d'assises qui a la mission de réprimer les crimes de cette nature.

3°. Il y a un troisième cas, tout spécial, et qui n'est pas indiqué dans l'article 68 du code pénal, où le mineur de moins de seize ans est encore justiciable de la cour d'assises. C'est le cas où il s'agit de faits commis par la voie de la presse ou autres moyens de publications. La juridiction du jury est considérée en matière de presse comme une garantie pour l'accusé, et l'on ne saurait refuser aux mineurs cette garantie, qui est accordée même aux majeurs (1).

En dehors des trois catégories d'exceptions que nous venons d'examiner, les mineurs de seize ans, alors même qu'ils sont poursuivis pour crimes sont donc justiciables de la juridiction correctionnelle.

Pour qu'un accusé puisse revendiquer le bénéfice de la Compétence exceptionnelle établie par l'article 68 du code pénal, il faut qu'il soit constant qu'il est âgé de moins de seize ans ; et c'est à l'accusé qui invoque le bénéfice de son âge, comme une exception en sa faveur, à prouver cette exception. Dès lors, l'individu poursuivi pour crime, qui prétend qu'au moment où il l'a commis, il n'avait pas encore seize ans, mais qui ne justifie pas cette

1. En ce sens MM. Chauveau et Hélie, voir aussi Dalloz, *Répert. Compétence criminelle*, n° 168.

prétention, doit être renvoyé devant la cour d'assises.

C'est en ce sens que la cour de Cassation a jugé par un arrêt du 28 avril 1836 (1). « La Cour, attendu que c'est au prévenu qui invoque le bénéfice de son âge, comme une exception en sa faveur, à prouver cette exception ; qu'il résulte en fait des décisions qui donnent lieu au règlement des juges que l'accusé n'a fourni aucune preuve du fait par lui articulé, qu'il n'aurait atteint sa seizième année que le 17 janvier 1836 ; que les recherches faites dans l'instruction à cet égard ont été sans résultats ; que c'est donc à tort que l'ordonnance de la chambre du conseil (2) du tribunal de Châteauroux a admis l'assertion du prévenu relative à son âge et l'a renvoyé par ce motif en police correctionnelle pour un fait qualifié crime par l'article 386 du code pénal de la compétence de la cour d'assises, renvoie B... devant la cour de Bourges, chambre d'accusation.

Pour l'application de l'article 68 du code pénal il est nécessaire que les juridictions d'instruction (juge d'instruction et chambre des mises en accusation) puissent statuer sur la question d'âge, bien qu'en principe général la question d'excuse ne soit résolue que par le juge chargé de statuer définitivement sur le fait incriminé. Dans le cas de l'article 68 du code pénal, en effet, les juridictions d'instruction, pour déterminer la compétence sont bien obligées de résoudre la question d'âge, puisque cette compétence varie suivant que le prévenu est mineur

1. Dalloz. *Répert.* mot *peine*, page 657, note 3.

2. Lire aujourd'hui, l'ordonnance du juge d'instruction.

ou majeur. En conséquence, lorsque ces juridictions régleront la procédure, elles devront, dans le cas où la minorité de seize ans exerce une influence sur la compétence reconnaître et déclarer que l'accusé a ou n'a pas cet âge.

Ici s'élève une question. Supposons que le juge d'instruction décide, que l'affaire, à raison de l'âge de l'accusé doit être renvoyé devant le tribunal correctionnel. Cette décision s'il s'agit d'un crime, devra-t-elle être soumise à la chambre des mises en accusation? La question s'est présentée devant les tribunaux dans les circonstances suivantes :

Antoine Rambault était poursuivi à raison d'un vol qualifié, dont la peine était celle des travaux forcés à temps; il était âgé de moins de seize ans, et n'avait pas de complices présents au-dessus de cet âge. Renvoyé directement par ordonnance de la chambre du conseil devant le tribunal correctionnel de Neuchâtel, il avait été en définitive, l'objet d'un jugement dont il croyait avoir à se plaindre. Le pourvoi qu'il forma était fondé, sur ce que prévenu de faits qualifiés crimes, il avait été directement renvoyé devant le tribunal correctionnel par ordonnance de la chambre du conseil, tandis que suivant l'article 133 du code d'instruction criminelle, les pièces de la procédure devaient être transmises au procureur général, pour être statué par la chambre des mises en accusation. Son pourvoi fut rejeté, attendu que l'article 130 du code d'instruction criminelle prescrit aux chambres du conseil des tribunaux de première instance, de renvoyer le prévenu devant le tribunal correctionnel, si le délit est re-

connu de nature à être puni de peines correctionnelles ; que l'article 133 du même code n'ordonne l'envoi des pièces au procureur général que lorsque les juges estiment que le fait est de nature à être puni de peines afflictives ou infamantes ; qu'aux termes de l'article 68 du code pénal, l'individu âgé de moins de seize ans, qui n'a point de complices présents au-dessus de cet âge, et qui est prévenu de crimes autres que ceux auxquels la loi attache la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, la peine de la déportation ou celle de la détention doit être jugé par les tribunaux correctionnels ; que le demandeur était prévenu d'un vol qualifié, dont la peine est celle des travaux forcés à temps ; qu'on ne lui imputait pas d'avoir des complices ; qu'il n'y avait donc lieu à suivre les formes tracées par l'article 133 du code d'instruction criminelle » (1).

D'après la jurisprudence de la Cour de Cassation, bien qu'il s'agisse d'un crime, il n'est donc pas nécessaire que la décision du juge d'instruction, qui renvoie le mineur de seize ans devant le tribunal correctionnel soit soumise à la chambre des mises en accusation.

On a critiqué cette jurisprudence en disant que pour y adhérer, il faudrait admettre que l'âge change la qualification de l'infraction et fait dégénérer le fait commis par le mineur de seize ans et qualifié crime en un simple

1. Arrêt de Cassation du 20 avril 1850. — *Bulletin* année 1850, no 135. Le pouvoir que la Cour de Cassation reconnaît dans cet arrêt à la chambre du conseil a été dévolu au juge d'instruction depuis les modifications introduites dans le code d'instruction criminelle par la loi du 17 juillet 1856.

délit. On verra plus loin, que nous admettons précisément cette théorie. Mais d'ailleurs, il n'est nullement nécessaire de l'admettre, pour justifier la doctrine de la Cour de Cassation. Il suffit en effet, pour déclarer que le juge d'instruction peut renvoyer directement le mineur accusé de certains crimes devant le tribunal correctionnel, d'appliquer l'article 130 du code d'instruction criminelle. Cet article, pour déterminer la compétence s'attache non pas à la nature du fait commis, mais à la nature de la peine encourue.

Il faut du reste remarquer que les décisions des juridictions d'instruction, relatives à la question d'âge, ne sont que provisoires. Elles ne s'imposent pas aux juridictions de jugement. Le tribunal correctionnel devant lequel le prévenu aura été renvoyé, pourra très bien reconnaître qu'il n'est pas âgé de moins de seize ans, et que c'est à tort que le juge d'instruction ou la chambre des mises en accusation l'avaient cru mineur. Dans ce cas, si le fait incriminé est qualifié crime par la loi, le tribunal devra se déclarer incompétent et se dessaisir de l'affaire.

De même, la Cour d'assises, bien que le prévenu qui a été renvoyé devant elle, ait été jugé majeur par la chambre des mises en accusation, peut très bien reconnaître, si la preuve lui en est faite, qu'il est en réalité âgé de moins de seize ans. Mais à la différence du tribunal correctionnel, la Cour d'assises n'aura pas le droit de déclarer son incompétence, et de se dessaisir de l'affaire. Les arrêts de la chambre des mises en accusation qui ne sont qu'indicatifs de juridiction, à l'égard des tribunaux

correctionnels sont en effet attributifs de juridiction à l'égard des Cours d'assises qu'ils lient irrévocablement. Il est d'ailleurs de principe, que les Cours d'assises ont la plénitude de la juridiction pénale (1).

La Cour de Cassation a fait l'application de ces règles dans plusieurs arrêts (2). Les motifs de celui du 20 avril 1827 (*Bulletin*, n° 89) méritent d'être reproduits. Voici l'espèce.

Pierre Boutin, avait été renvoyé devant les assises par la chambre des mises en accusation de la Cour d'Agen, pour un crime autre que ceux auxquels la loi attache la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, celle de la déportation ou de la détention.

La Cour d'assises, considérant que Pierre Boutin, était âgé de moins de seize ans, qu'il n'avait pas de complices au-dessus de cet âge, et que le crime pour lequel il était poursuivi, n'emportait ni la peine de mort, ni celle des travaux forcés à perpétuité, ni celle de la déportation ou de la détention, se déclara incompétente. Sur le pourvoi du Procureur général près la Cour d'Agen, l'arrêt fut cassé, « attendu que la Cour d'assises du département du Lot-et-Garonne était saisie en vertu d'un arrêt de renvoi de la Chambre des mises en accusation de la Cour royale d'Agen, ou du jugement de l'accusation portée contre Pierre Boutin, que cet arrêt n'était pas simplement indicatif de la compétence; qu'il en était

1. Cassation. 2 oct. 1828. *Journ. du Dr. cr.* Année 1829, p. 56.

2. Cassation, 20 avril, 13 juillet et 14 sept. 1827. *Bull. crim.* n° 89 182, et 240. 5 juillet 1832, *journ. du dr. cr.* année 1832, page 164.

attributif, et qu'il n'aurait appartenu qu'à la cour de cassation de l'annuler, s'il lui eût été déféré dans le délai prescrit par la loi ; que la Cour d'assises n'avait pas le droit de le réviser et de l'annéantir en se déniaut, sous prétexte que l'accusé était âgé de moins de seize ans, la compétence que cet arrêt lui a attribuée ; que les arrêts des chambres d'accusation, quand ils ont acquis l'autorité de la chose jugée, lient irrévocablement les Cours d'assises, parce qu'investies de la plénitude de la juridiction criminelle, elles ne doivent jamais se déclarer incompétentes, soit à raison de la qualité des personnes, soit à raison de la nature des faits qui leur ont été déférés ; que la loi du 25 juin 1824 n'a apporté aucune modification à ces principes ; que si elle a ordonné article 1^{er}, que les individus âgés de moins de seize ans prévenus de crimes seraient jugés correctionnellement, elle n'a pas chargé les Cours d'assises d'annuler les arrêts qui renverraient mal à propos devant elles ces individus. »

Est-il nécessaire d'ajouter, que l'erreur de la chambre des mises en accusation n'aura fait perdre au mineur que le bénéfice de la compétence correctionnelle. Il jouira devant la Cour d'assises de tous les autres avantages dérivant de son âge.

CHAPITRE III

DE LA QUESTION DU DISCERNEMENT

Nous savons déjà, que lorsqu'un fait punissable a été commis par un mineur de seize ans, il faut, pour savoir si celui-ci en est responsable, rechercher s'il a agi avec ou sans discernement ; il est indispensable, pour pouvoir le condamner, de résoudre contre lui cette question du discernement. Toutes les fois qu'un mineur de seize ans sera mis en jugement, le point de savoir s'il a agi avec discernement devra faire l'objet d'un examen spécial, et cela devant toute espèce de juridiction pénale, aussi bien devant les tribunaux correctionnels et de simple police, que devant la Cour d'assises et les arrêts et les jugements qui condamneront un mineur de seize ans, devront porter la trace que cet examen a été fait, car son omission entraînerait cassation pour fausse application des articles 66 du code pénal, et 340 du code d'instruction criminelle (1).

Nous allons développer ces principes, en supposant successivement le mineur traduit devant une Cour d'assises, un tribunal correctionnel, et un tribunal de simple police.

1. Cassation, 30 mai 1841. 12 août 1843.

I. — *Le mineur est traduit devant la Cour d'assises*

Aux termes de l'article 340 du code d'instruction criminelle : « Si l'accusé a moins de seize ans, le Président posera, à peine de nullité (1), cette question : L'accusé a-t-il agi *avec* discernement ? »

Pour bien comprendre la règle écrite dans l'article 340 du code d'instruction criminelle, il faut savoir qu'on ne pose en général au jury qu'une question unique, la question de culpabilité.

L'accusé avait-il plus de seize ans, au moment où il a commis le crime, on ne pose au jury que cette seule question : « L'accusé est-il coupable d'avoir... etc., etc. ? et si le jury estime que l'accusé n'avait pas le discernement de ses actes au temps de l'infraction, il doit répondre négativement à la question de culpabilité.

Au contraire, l'accusé était-il mineur de seize ans au moment où il a commis son crime ? On commence toujours par demander au jury, par une première question, si l'accusé est coupable d'avoir commis le crime relevé par l'acte d'accusation. Puis, conformément à l'article 340 du code d'instruction criminelle, on pose cette seconde

1. Les mots : « à peine de nullité » ont été ajoutés par la loi modificative du 28 avril 1832; et toutefois, il n'y avait point ici d'abus à réformer la Cour de Cassation ayant l'habitude d'annuler les arrêts qui omettaient de mentionner la position de la question du discernement. Cass. 9. thermidor an VIII, 8 brum. an IX, 16 août 1822.

question spéciale et éventuelle : l'accusé, âgé de moins de seize ans, a-t-il agi avec discernement ?

Il semble au premier abord que les deux questions se font antagonisme. En effet, si l'accusé est coupable, comment peut-il avoir agi sans discernement, et s'il a agi sans discernement, comment peut-il être coupable ? mais la contradiction s'explique. En ordonnant de poser au jury une question spéciale de discernement, distincte de la question de culpabilité, la loi a tout simplement séparé les deux éléments de l'imputabilité pénale, en général confondus dans la question de culpabilité, la volonté de commettre l'infraction et la connaissance de l'immoralité de l'action. Pour répondre à la première question : l'accusé est-il coupable ? le jury devra se demander si le fait a été matériellement commis, si l'accusé en est l'auteur, et s'il a eu l'intention de le commettre. Pour répondre à la seconde question : l'accusé a-t-il agi avec discernement ? le jury devra se demander si l'accusé a agi, avec l'appréciation exacte de la gravité et de l'immoralité du fait qu'il commettait.

Il suit de là que le défaut de discernement, ne se confond nullement avec l'absence d'intention criminelle. M. Blanche (1) insiste sur ce point. « Pour que la loi, dit-il, ait ordonné la position d'une question distincte et secondaire sur le discernement, il faut évidemment qu'elle ait entendu que le discernement se distinguait de l'intention criminelle. En admettant cette distinction, la loi n'a fait au reste que consacrer une incontestable vérité ; c'est

1. *Code pénal*, tom. II. n° 316.

que l'intention n'est pas la même chose que le discernement. On a par l'intention, la volonté de bien ou mal faire, et par le discernement la faculté d'apprécier si l'on a bien ou mal fait. Le mineur de seize ans peut avoir exécuté avec une intention coupable une action qualifiée crime ou délit, mais il peut en même temps, à cause de la faiblesse de son âge, n'avoir pas discerné toute l'immoralité de l'acte qu'il a exécuté, et de l'intention avec laquelle il l'a exécuté. Il est coupable à raison du fait qu'il a accompli, et de l'intention avec laquelle il l'a accompli ; il est excusable à raison de l'imperfection de son discernement. »

En séparant exceptionnellement les deux questions de culpabilité et de discernement, le législateur a voulu attirer l'attention des jurés sur ce point l'intelligence ou la non-intelligence de l'inculpé. Il leur dit : « Prenez garde à la décision que vous allez prendre ; l'accusé est bien jeune ; et peut-être n'a-t-il pas compris les conséquences de son crime ; dans ce cas, vous ne devriez pas le condamner. » Cet avertissement tacite du législateur, constitue pour le mineur de seize ans une véritable faveur.

L'examen de la question du discernement, rentre, sans qu'il puisse s'élever le moindre doute, dans les attributions du jury. Elle est mise, par le texte précis et formel de l'article 340 du code d'instruction criminelle dans sa compétence. Mais, elle ne doit être posée, que si l'accusé est âgé de moins de seize ans. S'il y avait doute sur ce dernier point, il faudrait soumettre au jury deux questions spéciales et distinctes, l'une relative à l'âge, l'autre relative au discernement. Le président, ne saurait,

sous peine d'obscurité dans la réponse du jury, comprendre les deux questions dans une seule et même formule. C'est ce qu'a jugé la Cour de Cassation dans l'espèce suivante :

A la question ainsi posée : « à l'époque du crime, l'accusé était-il âgé de moins de seize ans, et dans ce cas, a-t-il agi avec discernement ? », le jury répondit négativement. De cette réponse négative, le défenseur de l'accusé conclut que le jury avait résolu en sa faveur la question du discernement. Mais un doute sérieux existait. La réponse du jury pouvait en effet s'appliquer seulement à la première partie de la question, celle relative à l'âge.

La Cour d'assises, au lieu de renvoyer les jurés dans la chambre de leurs délibérations et de les appeler à résoudre le doute, se réserva la solution. La Cour de Cassation cassa l'arrêt de la Cour d'assises : « attendu qu'elle avait usurpé les attributions du jury, puisqu'il s'agissait d'une question de fait et non de droit, et qu'elle n'avait pas d'élément légal de solution, quant à l'âge, dans les termes de l'article 340 du code d'instruction criminelle ; que dès lors la réponse à la deuxième question ne présentait pas de base légale, soit à un acquittement, soit à une condamnation (1). »

La Cour de Cassation a aussi jugé, que si l'accusé de moins de seize ans était renvoyé devant la Cour d'assises, à raison de plusieurs chefs d'accusation, il y avait lieu de poser une question de discernement sur chaque chef séparément. « Marie-Jacqueline Tessier, mineure de

1. Arrêt de Cassation du 28 av. 1836, *Bull.* Année 1836, n° 131.

seize ans, était accusée de quatre crimes distincts d'incendie. Le Président de la Cour d'assises avait posé des questions séparées sur chaque fait principal et pour chacune des circonstances aggravantes qui s'y rattachaient, mais, il n'avait posé qu'une seule question de discernement, commune à tous les chefs d'accusation. Le jury ayant résolu cette question contre la fille Tessier, et celle-ci fut condamnée.

Sur son pourvoi, l'arrêt fut annulé : « *Attendu* en fait que la demanderesse en cassation âgée de moins de seize ans a été renvoyée devant la Cour d'assises comme accusée de quatre crimes distincts d'incendie que le président de la Cour d'assises a posé des questions distinctes pour chaque fait principal et pour chacune des circonstances aggravantes qui s'y rattachaient, mais qu'il n'a posé qu'une seule question de discernement commune à tous les chefs d'accusation ; que dans toute accusation portée contre un mineur de seize ans, le jury doit toujours être interrogé spécialement et distinctement sur la question de savoir si l'accusé a agi avec discernement ; que conformément à l'article 66 du code pénal cette question résolue négativement enlève au fait principal son caractère de criminalité et entraîne l'acquittement de l'accusé ; que le discernement est donc un des éléments essentiels de culpabilité légale, et par suite une partie substantielle de l'accusation sur chacun des crimes qui en font l'objet ; que des solutions différentes sur la question de discernement peuvent être motivées par des circonstances qu'il appartient au jury d'apprécier souverainement quant aux divers chefs d'accusation ; que par la position d'une question unique sur le

discernement, le jury s'est trouvé dans la nécessité de statuer par une seule réponse sur la culpabilité relative à quatre faits principaux, au lieu d'avoir à répondre distinctement sur chacun deux ; que la question ainsi posée et la réponse intervenue constituent donc manifestement le vice de complexité et contiennent dès lors, une violation expresse des articles 340 du code d'instruction criminelle et 1^{er} de la loi du 13 mai 1836 (1). »

Si la question de discernement doit à peine de nullité, être posée au jury, toutes les fois qu'il s'agit de juger un mineur de seize ans, cette question au contraire ne doit plus être posée dès qu'il est constant, que l'accusé a plus de seize ans. Mais, il ne suit pas de là, que le jury n'aura pas le droit de rechercher, si réellement, en fait, l'accusé a bien agi avec discernement. Il examinera la question, comme un élément de la criminalité du fait, et s'il décide que l'accusé, bien qu'agé de plus de seize ans, a néanmoins agi sans discernement, il devra prononcer un verdict de non culpabilité. L'existence du discernement chez les majeurs de seize ans, n'est en effet, et ne peut-être que présumée par le législateur et il est toujours dans les pouvoirs des jurés, s'ils reconnaissent fausse cette présomption, de prononcer un acquittement. Seulement, et c'est là ce qu'il faut remarquer, la simple formule, que l'accusé a agi sans discernement, ne suffit plus, comme lorsqu'il s'agit d'un mineur, pour entraîner cet acquittement ; il faut nécessairement qu'il soit déclaré non coupable (2).

1. Cass. 9 fév. 1854, *Bull.* année 1854, n° 30

2. Cass. 1^{er} sept. 1826 (*Sirey*, 27, 1. 263).

Quand l'accusé a plus de seize ans, s'il requiert que la question de discernement soit posée, le jugement ou l'arrêt qui rejette cette demande doit être motivé. En effet, cet arrêt qui a pour objet de modifier la culpabilité de l'accusé, et l'application de la peine ne peut être considéré comme un arrêt d'instruction ou comme un arrêt simplement préparatoire (1).

Lorsque l'accusé ayant plus de 16 ans, le jury a été indûment interrogé sur le discernement, il y a eu fausse application et par conséquent violation de l'article 340 du code d'instruction criminelle. Toutefois, la nullité n'est pas toujours la suite de cette erreur. Si les jurés, ayant répondu que l'accusé a agi avec discernement, la peine a été infligée comme si la question n'eût pas été posée, il n'y a pas alors d'intérêt lésé, et partant, pas de grief fondé. Si au contraire, la cour a tenu compte de leur réponse, les résultats de l'accusation ont été modifiés par la question illégale et il y a matière à cassation.

Il a été jugé, que l'arrêt qui acquitte le prévenu par application de l'article 66, du code pénal relatif au prévenu âgé de moins de seize ans et ayant agi sans discernement, bien que ce prévenu soit âgé de plus de seize ans, est à l'abri de toute critique, s'il a été jugé en fait qu'il était aliéné d'esprit (2).

II. — *Le mineur est traduit devant le Tribunal correctionnel.*

Il semble, à lire les articles 66 du Code pénal, et 340

1. Cass, 14 oct. 1826.

2. Cass. 30 juillet 1807 (Dalloz, code pénal annoté, art. 66, n° 25).

du Code d'instruction criminelle, que dans ce cas, il n'y a pas nécessité pour le Tribunal correctionnel d'examiner la question du discernement. L'article 66 du Code pénal, ne s'occupe en effet que du mineur *accusé*, et par conséquent traduit en Cour d'assises, et l'article 340 du Code d'instruction criminelle, ne statue qu'en vue des affaires soumises au jury. Mais on commettrait une erreur en s'attachant littéralement à ces textes. Il nous paraît évident que l'article 66, en tant qu'il oblige à résoudre la question du discernement, doit être appliqué aussi bien au mineur de seize ans prévenu de délits, qu'au mineur accusé de crimes. En effet, il y a identité de raisons. Dans un cas, comme dans l'autre le défaut de discernement est exclusif de la criminalité. D'autre part l'examen spécial de la question de discernement s'impose certainement au Tribunal correctionnel lorsqu'il juge les crimes commis par les mineurs de seize ans, puisque l'article 68 (*in fine*), du Code pénal ordonne que ces tribunaux se conforment à l'article 66. Pourquoi, en serait-il autrement, lorsque les tribunaux correctionnels jugent les délits, suivant leur compétence ordinaire.

La jurisprudence est en ce sens. Plusieurs arrêts de la Cour de Cassation, décident que le jugement du tribunal correctionnel doit constater à peine de nullité, que la question de discernement a été posée et résolue (1). D'autres arrêts de la même Cour, ont dû réformer plusieurs fois des arrêts de Cour d'appel, jugeant que les dispositions

1. Cass. 30 mai 1844, 12 août 1843.

de l'article 66 du Code pénal ne pouvaient être appliquées en matières de simple délit (1).

Dans tous les cas, le tribunal ne devra aborder la question de discernement qu'après avoir résolu contre le prévenu, la question de culpabilité.

III. — *Le mineur est traduit devant un tribunal de simple police.*

Dans cette hypothèse encore, nous croyons que le juge doit se poser et résoudre la question du discernement, quand il se trouve en présence d'un prévenu de moins de seize ans. Toutefois, ici le doute est possible. Car d'une part, l'article 340 du Code d'Instruction criminelle ne se réfère qu'aux crimes et l'article 68 du Code pénal n'a trait qu'aux délits. D'autre part, les contraventions sont en principe punissables, sans qu'on ait égard à l'intention de l'agent.

Mais le premier argument n'est pas suffisant. La solution que nous avons admise n'est en effet que la conséquence d'un principe général qui n'avait pas besoin d'être écrit dans la loi, puisqu'il résulte de la nature même des choses. Nous ne voyons pas pourquoi, le juge n'aurait pas à tenir compte de la faiblesse de l'âge, quand il s'agit seulement de contraventions. Car ce n'est pas à raison de la nature de l'infraction, mais à raison de la personne de l'inculpé, que se pose la question du discernement.

Le second argument ne vaut pas mieux. En effet, s'il est vrai qu'en principe les contraventions sont punissa-

1. Cass. 17 avril 1824. *Bull.* n° 52, 16 août 1822. *Bull.* n° 109.

bles, sans qu'on ait égard à l'intention de l'agent. Nous avons précédemment montré, qu'autre chose était le défaut d'intention, autre chose le défaut de discernement. De ce que la loi, quand elle punit une contravention, ne se préoccupe pas de l'intention de l'agent, il n'en résulte pas que le défaut de discernement soit une chose indifférente. C'est toujours au moins une faute qui est punie, et toute faute si minime qu'elle soit, ne peut se concevoir que de la part d'une personne qui a le discernement de ses actes.

C'est en ce sens que la Cour de cassation paraît avoir résolu la question. Une série d'arrêts (1) admettent, que l'article 66 du Code pénal, qui prescrit d'acquitter l'inculpé de moins de seize ans, s'il a agi sans discernement s'applique en matière de contravention de simple police. Ces arrêts portent en substance : « Attendu que l'article 66 du Code pénal, qui veut que l'accusé ayant moins de seize ans soit acquitté, lorsqu'il est décidé qu'il a agi sans discernement, pose un principe général commun aux crimes, aux délits, et aux contraventions de simple police. »

Toutefois un arrêt du 12 février 1863 (2) semble s'être écarté de cette jurisprudence. On y lit en effet : « qu'en matière de contraventions, l'âge, le discernement, et l'intention sont des circonstances complètement indifféren-

1. Cass. 10 juin 1842, *Bull.* n° 142 ; 2 sep. et 8 déc. 1842, nos 228 et 319 ; 13 av. 1844, n° 139 ; 7 mars 1845, n° 87 ; 24 mai 1855, n° 172 ; 22 juin 1855, n° 227 ; 21 mars 1868, n° 78.

2. *Bull.* n° 46.

tes. » M. Blanche qui rapporte cet arrêt (1), ne croit pas qu'il contienne un changement de jurisprudence. Il se fonde sur « ce que le jugement annulé n'indiquait pas que les délinquants étaient des mineurs de seize ans, et qu'il se bornait à indiquer que c'étaient des enfants sans déterminer leur âge ; il ne décidait pas qu'ils avaient personnellement et chacun agi sans discernement. Par suite, la Cour avait pu, sans revenir sur ses précédents casser ce jugement qui ne se fondait que sur une présomption vague et indéterminée de défaut de discernement, et sur le jeune âge des délinquants qu'il ne déterminait pas. »

Nous croyons l'opinion de M. Blanche bien fondée. La décision annulée par l'arrêt du 12 février 1863, ne mentionnant pas en effet le cas d'une minorité de seize ans, et ne s'appuyant pas sur l'article 66 du Code pénal, rien ne prouve que cet arrêt ait entendu nier l'application de l'article 66 aux contraventions de simple police.

Plusieurs arrêts, postérieurs à celui de 1863, ont d'ailleurs encore décidé que l'article 66 posait un principe général applicable même aux contraventions de simple police (2).

Il est aussi généralement admis que la disposition de l'article 66 qui oblige le juge à prendre en considération l'âge et le défaut de discernement, étant générale et absolue, s'étend aux infractions prévues et punies par des lois spéciales, par exemple en matières de chasse, de pêche fluviale, de douanes, etc., etc. Mais sur ce point la jurisprudence a mis plus de temps à se fixer.

1. *Op. cit.* tom. II, n° 356.

2. 21 mars 1868 (D. 69, 1. 262) ; 17 fév. 1876 (D. 76, 1. 415).

La cour de cassation avait d'abord jugé, que l'article 66 du Code pénal ne s'appliquait pas aux infractions prévues par des lois spéciales (1). Elle se fondait sur l'article 484 du Code pénal qui dispose que : « dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code et qui sont réglées par des lois et règlements particuliers, les cours et les tribunaux continueront de les observer, » et elle ajoutait que si les lois spéciales ne parlaient point expressément de l'âge des prévenus, comme d'une circonstance qui devait influencer sur l'application de la peine, il n'était pas permis de suppléer sur ce point à leur silence.

Ce motif n'est pas satisfaisant. L'article 66 du Code pénal, comme nous l'avons déjà dit, contient un principe général qui domine toutes les lois pénales, et si l'article 484 ordonne d'observer les lois particulières relatives aux infractions non prévues par le Code, il ne défend nullement de combiner ces lois particulières avec les principes généraux. On ne comprendrait pas d'ailleurs, qu'un mineur qui est présumé n'avoir pas conçu la criminalité d'un délit commun, soit censé avoir apprécié au contraire la criminalité bien moins évidente d'un délit spécial.

Aussi la Cour de cassation est-elle revenue sur sa jurisprudence. Dans un arrêt du 20 mars 1841 (2), elle a décidé que la disposition de l'article 66 du Code pénal, devait comme celle de l'article 64 du même Code être

1. Cass., 2 juillet 1813, *Bull.* n° 145 ; 5 juillet 1839, *Bull.* n° 216.

2. Dalloz, 1841, 1, 358.

étendue à toutes les matières, même à celles qui sont réglées par des lois spéciales, à moins que ces lois ne contiennent à ce sujet quelque dérogation expresse ou tacite. L'arrêt de 1841 est fondé, sur ce que d'après les principes généraux de notre droit criminel, il ne peut être prononcé de condamnations pénales, que contre ceux qui sont légalement punissables, et sur ce que, aux termes de l'article 66 du Code pénal, les individus âgés de moins de seize ans ne sont punissables qu'autant qu'il est déclaré qu'ils ont agi avec discernement (1).

De tout ce que nous venons de dire, relativement à la question du discernement, il résulte que la juridiction qui est appelée à juger un mineur de seize ans, doit examiner et résoudre une double question, une question de *culpabilité*, et une question de discernement.

Si le mineur est déclaré *non coupable*, la conséquence doit être un acquittement absolu. Non seulement aucune peine ne peut être prononcée contre lui ; mais aucune mesure préventive de détention ou de correction ne peut être ordonnée. La question de discernement, ne venant qu'après la question de culpabilité, et dans le cas seulement où cette première question a été résolue par une réponse affirmative, ne se pose même pas.

Si au contraire, le mineur a été déclaré *coupable*, la

1. Le Code de justice militaire pour l'armée de terre, en date des 9 juin et 4 août 1857 (art. 132, 199 et 202), et le Code de justice militaire pour l'armée de mer, en date des 4 et 15 juin 1858 (art. 162, 157 et 260), ont expressément ordonné aux tribunaux militaires, d'examiner et de résoudre, à l'égard des individus âgés de moins de seize ans, la question du discernement avant de prononcer aucune condamnation.

question de discernement se pose alors au juge, qui peut y faire une réponse soit négative soit affirmative. Nous allons examiner successivement les conséquences de cette réponse soit négative soit affirmative du juge.

SECTION I.

Des conséquences attachées à la réponse négative du juge, sur la question du discernement.

L'article 66 du Code pénal, qui règle cette hypothèse, dispose : « Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi *sans discernement*, il sera *acquitté* ; mais il sera selon les circonstances, remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année. »

Cet article indique donc deux effets du défaut de discernement à raison de l'âge :

1^o L'acquittement.

2^o La remise aux parents, ou la détention dans une maison de correction.

Étudions-les séparément.

I. — *De l'acquittement.*

Le mineur, qui est reconnu avoir agi sans discernement, sera, dit la loi « *acquitté*. » Mais, qu'elle est la na-

ture, et qu'els sont les effets de cet acquittement ? Sur cette question, la doctrine est divisée. Suivant certains auteurs, le mineur de seize ans, qui est renvoyé des poursuites pour avoir agi sans discernement, serait, malgré le texte de l'article 66 du Code pénal, non pas *acquitté*, mais *absous* (1). Cette opinion est fondée, sur ce que, aux termes de l'article 358 du Code d'Instruction criminelle, l'acquittement, n'est prononcé qu'en faveur de l'individu qui a été déclaré *non coupable*. Or, dans le cas qui nous occupe le mineur a été déclaré coupable.

Ce motif, ne saurait, suivant nous, prévaloir contre les termes formels de l'article 66 où le mot « *acquitté* » est écrit. D'autre part, la présomption de non-discernement, quand elle n'est pas détruite par la déclaration contraire, doit logiquement, aboutir aux mêmes résultats que l'absence de discernement, qui est une cause de *non culpabilité*. L'acte commis par le mineur sans discernement, ne lui est imputable que matériellement ; il se trouve dépourvu des éléments moraux constitutifs de la culpabilité pénale. Par suite, c'est un véritable acquittement, et non pas seulement une *absolution*, que le juge doit prononcer (2).

1. Sic. MM. Blanche. Le Sellyer. Arrêt de Cass. du 2 juin 1831, *Bull.*, n° 121.

2. Sic. Ortolan, Chauveau et Hélie.

La question présente un grand intérêt dans le cas où le mineur est jugé par la Cour d'assises, car dans ce cas, il existe des différences importantes entre l'absolution et l'acquittement.

1° L'acquittement est prononcé par le Président seul, sans délibération de la Cour. Toutefois nous pensons que l'acquittement du mineur

De ce que le mineur qui est déclaré avoir agi sans discernement est *acquitté*, découlent plusieurs conséquences.

En premier lieu, il ne peut être l'objet d'aucune mesure répressive ; et la jurisprudence s'était conformée à ce principe, en décidant avant l'abolition de la surveillance de la haute police, qu'il ne pouvait être soumis à cette surveillance (1). Depuis la loi du 27 mai 1885, qui a remplacé la surveillance de la haute police par l'interdiction de certains séjours, il faut de même décider, que le mineur acquitté pour avoir agi sans discernement, ne peut

qui a agi sans discernement échappe à cette règle. Il doit être prononcé comme le serait une sentence d'absolution, par un arrêt de la Cour. Pourquoi cette différence avec l'acquittement ordinaire ? La raison en est simple. En cas de déclaration de non-culpabilité, en effet, aucune question contentieuse ne peut être soulevée ; il s'agit seulement d'enregistrer un verdict qui s'impose et de prononcer la mise en liberté de l'accusé, et ce droit peut être exercé par le président seul. Mais en cas d'acquittement pour défaut de discernement, il y a peut-être lieu de prendre des mesures d'éducation contre le mineur. Un arrêt de la Cour est nécessaire pour cela.

2° Quand l'accusé est *acquitté*, la cassation du jugement ne peut être faite que dans l'intérêt de la loi, et jamais au détriment de l'accusé. Au contraire, s'il y a une *absolution*, et que l'arrêt ait été cassé il y aura lieu à de nouveaux débats qui pourront nuire à l'accusé.

3° Une jurisprudence constante, mais qu'il est difficile de concilier avec le texte des articles 162, 194 et 368, du Code d'Instruction criminelle combinés entre eux, y met encore cette différence, que celui qui a été absous doit être condamné aux frais du procès criminel, tandis qu'une pareille condamnation ne peut jamais être prononcée contre l'acquitté.

1. Arrêt de cass. du 16 août 1822.

pas être soumis à cette interdiction, qui est une véritable peine.

A plus forte raison, il ne peut être condamné à un emprisonnement quelconque, et il est incroyable, dit M. Blanche, que la Cour de cassation ait eu à rappeler cette incontestable vérité. Par un arrêt du 4 octobre 1845 (1), elle a en effet annulé la condamnation d'un an et un jour d'emprisonnement, ordonnée par la Cour d'assises de la Sarthe contre Louis Lefaucheux, mineur de seize ans, dont le jury avait déclaré le défaut de discernement.

En second lieu, la détention qui peut être ordonnée, contre le mineur même acquitté, aux termes de l'article 66 du Code pénal, ne constitue pas une peine. Nous insisterons plus loin sur cette proposition.

Enfin, une troisième conséquence de l'acquittement du mineur, doit être son affranchissement des frais de la procédure, car l'article 368 du Code d'instruction criminelle ne fait peser ces frais, que sur ceux qui ont succombé dans la poursuite. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation, n'a jamais cessé de décider, que le mineur acquitté comme ayant agi sans discernement était tenu des frais (2). Cette jurisprudence est basée sur ce motif, que le mineur, alors même qu'il est acquitté à rai-

1. *Bull.* n° 316.

2. Arrêts du 19 mai 1815, *Bull.* n° 33; 27 mars 1823, *Bull.* n° 44; 5 janv. 13 av. et 20 oct. 1822, *Bull.* nos 1, 134 et 431; 18 fév. 1844 (Sirey, 1842, 1, 189), 7 mars 1845 (Dalloz, 45, 4, 289); 7 juillet 1864 (Dalloz, 65, 5, 209) etc., etc.

son de son âge, a donné lieu à la poursuite, puisque le fait est déclaré constant.

D'autre part, la Cour pose en principe dans ses arrêts, que la déclaration de culpabilité, quelle qu'en soit la forme, suffit pour motiver la condamnation aux frais.

Ces raisons ne nous semblent pas suffisantes. Sans doute, le fait matériel est reconnu constant ; mais ce fait tel qu'il a été commis, n'en est pas moins déclaré non-punissable par la loi. La déclaration que le mineur a agi sans discernement équivaut à un plein et entier acquittement, suivant l'expression même de l'article 66. Il n'est donc pas possible de soutenir que ce mineur a succombé.

L'argument tiré de ce que la déclaration de culpabilité suffit pour motiver la condamnation aux frais, n'est pas plus concluant. La loi, en effet, ne dit pas que les frais seront supportés par l'accusé déclaré coupable, mais bien par le *condamné*. Or, le mineur qui a agi sans discernement n'est pas condamné. De plus, s'il est déclaré coupable, ce n'est en quelque sorte que dans la forme, la déclaration de culpabilité n'étant que le résultat de la position des questions, tel que le prescrit le code d'instruction criminelle, articles 337 à 340, et il ne faut pas s'en tenir là, mais considérer uniquement la sentence rendue en définitive, qui est une sentence d'acquittement.

La doctrine de la Cour de cassation, si on la poussait jusqu'à sa dernière conséquence, irait d'ailleurs, suivant la remarque d'un savant auteur (1), plus loin qu'on se

1. Voir une dissertation de M. Paringault, ancien procureur impérial à Beauvais, insérée au tome V de la *Revue historique de droit français et étranger*, 1859, n° 39, page 429.

l'imagine ordinairement. « D'abord, dit-il, si dans l'affaire il y a un prévenu de plus de seize ans et un prévenu de moins de seize ans, et que le premier soit condamné, l'enfant acquitté pour défaut de discernement, sera tenu des frais solidairement avec le condamné. La Cour de cassation le reconnaît et en cela, elle est conséquente avec sa doctrine, qui assimile cet acquitté spécial à un condamné. Mais, puisqu'on le transforme en condamné, il faut aller plus loin. Ce n'est pas seulement des frais, des restitutions et des dommages-intérêts que sont tenus solidairement ceux qui sont condamnés pour un même crime ou pour un même délit. Cette solidarité s'étend aux amendes (art. 55 du c. p.). Or, ou le principe de la Cour de cassation est inexact, ou il faut dire, que voici un acquitté, qui au cas d'insolvabilité de son coprévenu ou de son co-accusé, sera tenu de payer intégralement l'amende encourue par ce dernier. La Cour de cassation n'a pas encore eu à se prononcer sur cette question, mais la théorie dont elle a posé les bases, la mène à cette conséquence qui nous paraît tout à fait abusive, et qui dans l'application pourrait la faire elle-même hésiter et s'arrêter. »

L'acquittement, dont bénéficie le mineur qui est reconnu avoir agi sans discernement, ne met pas obstacle à l'application du principe de la responsabilité civile, consacré par l'article 1382 du code civil (1). Qu'il soit majeur

1. Au contraire, il est généralement reconnu que l'acquitté pour cause de démence ne peut pas être condamné à des dommages-intérêts.

ou mineur, celui qui cause à autrui un préjudice est tenu de le réparer (1). Ainsi, le mineur de seize ans, alors même qu'il a agi sans discernement, peut être condamné à des dommages-intérêts envers la partie civile. On décide même, qu'il est passible de l'amende, dans le cas où cette amende est considérée, non pas comme une peine, mais comme la réparation civile du préjudice causé à l'Etat (2).

Il faut remarquer, que dans la pratique, les condamnations pécuniaires qui peuvent atteindre le mineur, n'exigent pas pour être prononcées, la présence du tuteur. En matière criminelle, dit-on, le mineur peut procéder, comme s'il était majeur « *minor in delictis major habetur.* »

La jurisprudence de la cour de cassation a d'ailleurs consacré cet usage. Dans un arrêt du 15 janvier 1846 (3), la cour suprême a déclaré : « qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du code d'instruction criminelle, et notamment des articles 145, 147, 159, 162, 182, 192, 358, 359 et 366, que la loi ne fait aucune distinction, soit quant aux formes de la poursuite, soit quant aux pouvoirs des juges, entre l'accusé ou prévenu majeur, et l'accusé ou prévenu mineur ; qu'aucune disposition de ce code, n'impose au ministère public, dans l'exercice de l'action publique, où à la partie civile, dans l'exercice de l'action civile, suivie devant les tribunaux de représ-

1. Arrêts du 24 mai 1385 (Dalloz, 55, 1. 425) ; 26 mars 1858 (D. 58, 5, 170) ; 7 juillet 1864, (D. 65, 209).

2. 18 mars 1642, *Bull.* n° 452.

3. *Bull.* n° 21.

sion accessoirement à la première, l'obligation d'appeler en cause, le tuteur ou curateur de l'accusé ou prévenu mineur, que cet accusé ou prévenu trouve des garanties suffisantes dans les formes que le code a établies dans l'intérêt de la défense ; qu'il n'y a pas lieu d'admettre une exception à ces règles pour l'action en dommages intérêts formée par la partie civile contre l'accusé acquitté, d'abord parce qu'elle ne serait point justifiée par les termes des articles 358 et 366, dont les dispositions comprennent dans une seule et même catégorie les diverses actions en dommages-intérêts, dont elles attribuent la connaissance à la cour d'assises, et ensuite parce que cette exception serait inconciliable avec la forme de procéder qu'établissent les dits articles. »

MM. Chauveau et Hélie, critiquent avec raison cette pratique. La maxime « *minor in delictis major habetur*, » qui n'est qu'une conséquence de cette autre maxime « *quia malitia supplet ætatem*, » dont les anciens jurisconsultes ont souvent abusé, ne peut pas s'appliquer dans notre hypothèse, car nous ne sommes plus au point de vue des dommages-intérêts en matière criminelle. L'action en dommages-intérêts de la partie civile est essentiellement civile, et si l'article 3 du code d'instruction criminelle permet de poursuivre cette action, en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, elle n'en demeure pas moins soumise aux règles du droit civil. Or l'une de ces règles, est que le mineur ne peut défendre à une action civile qu'avec l'autorisation de son tuteur, peu importe la juridiction chargée de statuer.

Pourquoi, d'ailleurs, le mineur ne serait-il pas aussi

protégé devant les tribunaux criminels que devant les tribunaux civils? Pourquoi la présence du tuteur ne serait-elle pas exigée partout où les intérêts du pupille sont mis en danger? La question de procédure ne saurait être un obstacle, car rien n'empêcherait la partie civile de mettre en cause devant la cour d'assises, comme elle l'eût fait devant le tribunal civil, le tuteur avec le pupille (1).

Les condamnations pécuniaires, qui ont été prononcées par les tribunaux criminels, contre les mineurs acquittés pour avoir agi sans discernement, peuvent-elles être exécutées par la voie de la *contrainte par corps*?

Cette question fut vivement discutée autrefois. Elle ne l'est plus depuis la loi du 22 juillet 1867 sur la contrainte par corps.

La loi du 17 avril 1832 (art. 33) disposait que les arrêts et jugements portant condamnation au profit de l'Etat à des amendes, restitutions et dommages intérêts, et frais, pouvaient être exécutés par la voie de la contrainte. La Cour de cassation, s'appuyant sur la généralité des termes de cette loi, qui ne faisait aucune distinction entre les majeurs et les mineurs, avait décidé dans le principe, que le mineur acquitté pour avoir agi sans discernement était contraignable par corps (2).

Mais de graves objections s'élevèrent contre cette déci-

1. Deux arrêts de la cour d'assises de la Moselle et du Haut-Rhin avaient adopté cette solution. (*journ du dr. cr.* 1829, page 283, et 1831, page. 261.)

2. Cass. 27 juin 1835. *Bull.* n° 261, *Journ. du dr. cr.* 1835, page 360.

sion. D'abord, le principe général de la matière ne se trouvait-il pas plutôt dans l'article 2064 du code civil, qui exempte les mineurs de la contrainte par corps, que dans la loi de 1832 ? Ne sommes-nous pas en effet, en présence d'un mineur qui a été acquitté, et contre lequel aucune peine n'a pu être prononcée ? Ce mineur, condamné par un tribunal criminel, à des réparations pécuniaires, n'ayant nullement le caractère d'une peine, n'est-il pas dans la même situation que devant le tribunal civil ? D'ailleurs, même en matière criminelle, disait-on, la contrainte par corps conserve son caractère propre, et ne participe nullement de la nature répressive des peines qu'elle accompagne. Elle ne constitue qu'une voie d'exécution, qu'un simple moyen de recouvrement. L'emploi de cette voie semblait donc devoir être dominé par les règles du droit civil (1).

On faisait enfin remarquer, que le but de la loi eût été manqué, si la contrainte par corps eût pu frapper les mineurs de seize ans acquittés pour avoir agi sans discernement. Qu'avait voulu en effet le législateur, en acquittant ces mineurs, et en permettant aux juges de les rendre à leurs familles, ou de ne prendre à leur égard que des mesures de correction, sinon les soustraire au contact des prisons ? Or cette mesure humanitaire, n'aurait pas atteint le résultat qu'on en attendait, si la voie de la contrainte par corps avait dû permettre l'emprisonnement du mineur

Aussi, la cour de cassation avait-elle fini par abandon-

1. Comp. Chauveau et Hélie.

ner sa première doctrine. Dans un arrêt du 25 mars 1843 (1), elle déclarait : « qu'après avoir énuméré les divers cas dans lesquels la contrainte par corps peut être prononcée en matière civile, et après avoir interdit aux juges de la prononcer hors les cas déterminés par les articles qui précèdent, le code civil, art. 2064, leur défend en outre de la prononcer contre les mineurs dans les cas mêmes ci-dessus énoncés ; qu'aux termes de l'article 66 du code pénal, le mineur âgé de moins de seize ans qui a agi sans discernement doit être acquitté ; qu'il n'est passible d'aucune peine, que s'il peut être condamné à la réparation du dommage causé par le fait dont il est déclaré auteur, c'est par l'effet d'une action purement civile ; qu'il se trouve dès lors replacé sous la protection de l'article 2064, et ne saurait être soumis à la contrainte par corps.

La loi du 22 juillet 1867, qui abolit la contrainte par corps en matière civile et commerciale, tout en la maintenant en matière criminelle, correctionnelle, et de simple police, a tranché définitivement la controverse, en décidant expressément dans son article 13 « que les tribunaux ne peuvent prononcer la contrainte par corps contre les mineurs âgés de moins de seize ans accomplis, à l'époque des faits qui ont motivé la poursuite. »

L'article 66 du code pénal, dans la partie qui ordonne d'acquitter le mineur, s'il est reconnu avoir agi sans discernement est général, et s'applique à toutes matières. Cette proposition n'est d'ailleurs que la conséquence lo-

1. *Bull.* n° 68.

gique d'une autre proposition que nous avons émise et développée précédemment, à savoir : que toutes les fois qu'un mineur de seize ans passe en jugement, l'obligation d'examiner et de résoudre la question du discernement s'impose au juge, quelle que soit l'infraction commise, crime, délit, contravention prévus par le code pénal ou par des lois spéciales ; quelle que soit la juridiction appelée à statuer. Nous n'avons pas à y revenir.

II. — *De la remise aux parents, ou de la détention dans une maison de correction.*

Bien que le mineur de seize ans, qui est reconnu avoir agi sans discernement doive être acquitté, l'article 66 autorise cependant les juges à prendre à son égard certaines mesures particulières. « Le mineur sera, dit l'article, selon les circonstances, remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction pour y être élevé ou détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année. »

Ces mesures qui viennent du Code pénal de 1791 (tit. v. art. 2) sont laissées à l'appréciation du juge chargé de faire l'application de la loi (1).

La remise aux parents est sans aucun doute la meil-

1. Crim. Rej. 3 janvier 1823. Toutefois il est clair que la faculté accordée aux juges de remettre le mineur à ses parents ou de l'envoyer en correction jusqu'à sa vingtième année n'existerait plus, si pour une raison quelconque, en cas de contumace par exemple, ce mineur n'était jugé qu'après avoir accompli sa vingtième année. Dans ce cas, les juges n'auraient plus qu'à le mettre à la disposition de ses parents.

leure des mesures à prendre, lorsque l'on peut compter sur une surveillance efficace de leur part, et ce n'est que lorsque la remise aux parents, ne présentera pas des garanties suffisantes, et que les circonstances paraîtront d'ailleurs l'exiger, que les juges devront recourir au renvoi dans une maison de correction.

La remise aux parents, ou la détention dans une maison de correction, sont les seules mesures que le texte de l'article 66 autorise à prendre contre le mineur acquitté pour avoir agi sans discernement. Mais, dans la pratique la jurisprudence a quelque peu étendu les termes de la loi. En effet, nous voyons fréquemment devant nos juridictions correctionnelles, les juges remettre le mineur non seulement à ses parents, mais encore à un ami, à une personne charitable ou à un établissement d'apprentissage ou d'éducation professionnelle, qui sollicite le soin de cet enfant et de son avenir.

Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de regretter cette extension donnée à la loi par la jurisprudence, mais en présence du texte de l'article 66, qui ne semble viser que les parents, on peut néanmoins se demander, ce que devraient décider les tribunaux, si jamais les père et mère de l'enfant confié par un jugement à un étranger se prévalaient des termes stricts de l'article 66 pour critiquer la décision. On pourrait peut-être trouver un fondement juridique à cette jurisprudence dans l'article 302 du code civil, qui, dans le cas où le père et la mère sont divorcés, reconnaît aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, en ce qui concerne le choix des personnes auxquelles la garde

des enfants devra être confiée. L'article 302 est ainsi conçu : « Les enfants seront confiés à celui qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. » Il y a, entre le pouvoir accordé aux tribunaux dans l'hypothèse de l'article 302 du code civil par le texte formel de la loi, et celui qu'ils s'arrogent dans l'hypothèse de l'article 66 du code pénal, une analogie évidente.

La détention dans une maison de correction dont le mineur même acquitté peut être l'objet, n'est nullement en contradiction avec l'acquiescement qui a été prononcé ; car elle n'est pas une peine ; elle n'a d'autre caractère que celui d'une mesure d'éducation correctionnelle. C'est ce qui ressort de ce passage de l'exposé des motifs : « Les juges prononceront donc qu'il est acquitté ; mais ils ne pourront pas le faire rentrer dans la société, sans pourvoir à ce que quelqu'un ait les regards fixés sur sa conduite. Ils auront l'option de le rendre à ses parents s'ils ont en eux assez de confiance, ou de le tenir renfermé durant un espace de temps qu'ils détermineront. Cette détention, ne sera point une *peine*, mais un moyen de suppléer à la *correction domestique*, lorsque les circonstances ne permettront pas de le confier à la famille. »

C'est ce qui ressort encore des termes mêmes de l'article 66, où il est dit que le mineur sera conduit dans une maison de correction « *pour y être élevé.* »

La jurisprudence a d'ailleurs fait l'application de ce

principe, en décidant, que la détention ordonnée contre le mineur qui a été acquitté pour avoir agi sans discernement, ne pouvait être prise comme un élément de récidive si le mineur venait à commettre plus tard une nouvelle infraction (1).

L'esprit de la loi, étant que la détention autorisée par l'article 66, est avant tout une mesure d'éducation, et non une peine, il serait de toute nécessité, dit M. Ortolan, que la manière d'organiser ce genre de détention y répondît : Nous verrons dans notre dernier chapitre, en étudiant le régime pénitentiaire appliqué aux mineurs, que la loi du 5 août 1850, sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus, a tenté cette organisation.

L'article 66, dit, que dans le cas où il y a lieu d'ordonner à l'égard du mineur de seize ans qui a agi sans discernement, qu'il soit détenu dans une maison de correction, cette détention sera prononcée pour « *tel nombre d'années* » que le jugement déterminera. On s'est demandé, si en présence des termes de la loi, la durée de cette détention pouvait être réduite à moins d'une année, à un certain nombre de mois par exemple. La Cour de Cassation s'était d'abord prononcée pour la négative « *attendu que ces expressions « tel nombre d'années, » prouvent clairement que la volonté du législateur a été, que la détention qu'il ordonne dans le but d'effacer les mauvaises impressions reçues par l'individu, et de changer sa conduite, n'ait pas une durée moindre*

1. Arrêt Paris, 9 déc. 1830, *journ. du dr. cr.* 1830, page 323. Montpellier, 6 juin 1848, (D. 48. 2. 117).

d'une année (1) ». Mais elle n'a pas persisté dans cette jurisprudence, et elle a depuis admis que la détention peut être réduite à un certain nombre de mois : « Attendu que l'article 66 du code pénal, en autorisant les juges à ordonner que l'accusé, âgé de moins de seize ans, qui est reconnu avoir agi sans discernement sera remis à ses parents ou conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année, n'a établi qu'un maximum de la durée de la détention, et ne s'oppose pas à ce que cette détention soit fixée à moins d'une année (2). »

Cette dernière opinion est, suivant nous, celle, qui doit être suivie. En effet, si l'on suppose l'inculpé âgé de plus de dix neuf ans au jour du jugement, il faudra bien donner au juge le droit d'ordonner une détention inférieure à une année. De plus, n'est-il pas conforme à l'esprit de la loi, de laisser au juge le pouvoir de mesurer la durée de la détention ?

Nous avons décidé déjà, que l'article 66, dans la partie qui ordonne au juge de se poser et de résoudre la question du discernement, et dans celle qui ordonne d'acquitter le mineur, s'il est reconnu avoir agi sans discernement était d'une application générale. Nous devons maintenant nous demander, si ce même article doit aussi, dans la partie qui accorde aux juges la faculté de remettre le mi-

1. Cass. 10 oct. 1811, *Bull.* n° 209.

2. 8 fév. 1833, *Bull.* n° 27. (*Sirey* 33. 1. 368).

neur acquitté à ses parents, ou de l'envoyer dans une maison de correction recevoir application en toutes manières ?

Personne ne conteste, que le mineur de seize ans, prévenu d'un délit correctionnel, et renvoyé des poursuites comme ayant agi sans discernement, puisse ou bien être remis à ses parents, ou bien être conduit dans une maison de correction, comme celui qui est accusé d'un crime proprement dit. Ainsi l'arrêt portant qu'un individu âgé de moins de seize ans, qui a commis sans discernement un vol simple, ne sera point détenu dans une maison de correction, contient une violation de l'article 66, s'il est motivé non d'après les circonstances du fait, mais uniquement, sur ce que cet article ne s'applique pas aux délits proprement dits (1).

Mais, le juge aura-t-il encore la faculté alternative de remettre à ses parents, ou d'enfermer dans une maison de correction, le mineur de seize ans, reconnu coupable d'une contravention punie de peines de simple police, lorsqu'il le renverra des poursuites pour défaut de discernement ?

D'après certains auteurs, le juge doit se borner dans ce cas, à renvoyer le délinquant des fins de la poursuite et il n'a pas le droit d'envoyer le mineur dans une maison de correction. L'esprit, le but, les motifs de l'article 66, démontrent, dit-on, que le juge des contraventions de police n'a pas ce pouvoir rigoureux. « Au simple aspect, les dispositions de l'article 66 impliquent contradiction avec

1. Cass. 17 av. 1824.

la nature des contraventions de police, et avec l'imputabilité qui s'y attache. Ce texte par sa solennité s'adresse à de jeunes malfaiteurs et non à de jeunes contrevenants. Le juge ne peut pas ordonner de conduire dans une maison de correction un jeune délinquant qui jouit de sa liberté : il ne peut pas appliquer à raison d'une contravention de police « *d'une niche d'éco'ier*, » cette sévère et durable épreuve (1) ».

Nous pensons, au contraire, que même dans l'hypothèse d'une contravention de simple police, le juge peut, s'il le croit convenable, renvoyer le mineur de seize ans dans une maison de correction. En effet rien n'autorise à scinder l'article 66 du code pénal, de telle sorte qu'une partie de ses dispositions, celle qui ordonne d'acquitter en cas de non-discernement, serait applicable aux contraventions de police, tandis que l'autre, celle qui permet de renvoyer le mineur acquitté dans une maison de correction ne le serait pas. « Si l'on étend aux matières de simple police, l'application de l'article 66, cette application ne peut être partielle, et doit comprendre même la faculté conférée au juge, d'ordonner la détention dans une maison de correction du mineur acquitté comme ayant agi sans discernement » (2).

D'ailleurs il n'y a guère à craindre, que le juge abuse de l'alternative rigoureuse que l'article 66 met à sa disposition. Il en usera au contraire avec la plus grande réserve. Le plus souvent, il se contentera de remettre l'enfant à sa famille. Mais il pourra se faire que la contravention

1. *Journal du ministère public*, année 1862, page 104 et 105.

2. *Ibid.* page 83.

soit assez grave, et que d'autre part, la famille se présente dans des conditions telles qu'il soit de l'intérêt du mineur d'être soustrait à son influence. Dans ce cas, l'envoi en correction sera un moyen utile et efficace.

Il reste une dernière question, qui a été posée en ces termes devant la cour de Rennes : le prévenu âgé de moins de seize ans, qui, acquitté pour avoir agi sans discernement, doit, aux termes du jugement d'acquittement être enfermé dans une maison de correction jusqu'à sa vingtième année, est-il admissible à interjeter appel de ce jugement, quoiqu'il n'y puisse réussir sans faire décider qu'il a agi avec discernement, et sans subir alors la peine que la loi inflige au délit qui lui était imputé?

A cette question, la cour de Rennes avait répondu affirmativement, considérant : « que chacun dans sa cause est le premier juge de son propre intérêt ; que le prévenu avait donc droit de relever appel du jugement qui, en l'acquittant faute de discernement, a ordonné qu'il sera conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu jusqu'à l'âge de vingt ans, et de demander qu'il soit fait un nouvel examen des faits de la cause ; que s'il est l'auteur du fait qui lui est imputé, il soit dit qu'il a agi avec discernement, préférant être soumis à la peine pécuniaire qu'il a encourue à être conduit dans une maison de correction, ainsi que les premiers juges l'ont ordonné : que d'ailleurs, si dans cet état, la cour reconnaît l'existence du discernement, elle soit nécessairement lui faire application de la peine édictée par la loi (1). »

1. Rennes, 21 mai 1844.

Cette décision nous paraît inadmissible. Un prévenu acquitté ne peut pas se plaindre de son acquittement, et solliciter d'une juridiction supérieure le remplacement d'une simple mesure de correction, par une véritable pénalité. Le ministère public seul a ce droit. Aussi, la Cour de Cassation a-t-elle appliqué les vrais principes, en cassant l'arrêt de la Cour de Rennes, et en décidant que si le prévenu appelant, a été relaxé pour défaut de discernement, par un jugement ordonnant qu'il sera détenu dans une maison de correction, le juge d'appel ne peut, sans appel du ministère public, substituer aucune condamnation à cette mesure qui n'est pas pénale. Tout ce qu'il peut faire, c'est, usant de l'alternative établie par l'article 66 du code pénal, ordonner que le prévenu, au lieu d'être envoyé en correction, sera remis à ses parents, ou bien diminuer le temps de sa détention dans une maison de correction (1).

SECTION II

Des conséquences attachées à la réponse affirmative du juge sur la question du discernement.

Quand le mineur de seize ans est déclaré avoir agi avec discernement, il est responsable pénalement de l'acte qu'il a commis ; et une peine doit lui être appliquée. Mais son jeune âge, n'en est pas moins une cause d'excuse, qui,

1. Cass. 26 juill. 1844, *journ. du dr. cr.* art. 3638.

atténuant sa culpabilité, au lieu de la faire disparaître complètement, comme au cas où il est déclaré avoir agi sans discernement, doit aussi atténuer la peine encourue. La mesure de cette atténuation est donnée par l'article 67 pour les peines criminelles, et par l'article 69 pour les peines correctionnelles. Ces articles sont ainsi conçus : »

Article 67 : « S'il est décidé que le mineur a agi avec *discernement*, les peines seront prononcées ainsi qu'il suit :

S'il a encouru la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, de la déportation, il sera condamné à la peine de dix à vingt ans d'emprisonnement dans une maison de correction.

S'il a encouru la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion, il sera condamné à être renfermé dans une maison de correction, pour un temps égal au tiers au moins, et à la moitié au plus de celui pour lequel il aurait pu être condamné à l'une de ces peines.

Dans tous les cas, il pourra être mis, par l'arrêt ou le jugement sous la surveillance de la haute police, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.

S'il a encouru la peine de la dégradation civique ou du bannissement, il sera condamné à être enfermé, d'un an à cinq ans dans une maison de correction. »

Article 69 : « Dans tous les cas où le mineur de seize ans, n'aura commis qu'un simple délit, la peine qui sera prononcée contre lui, ne pourra s'élever au dessus de la moitié de celle à laquelle il aurait pu être condamné s'il avait eu seize ans. »

Pour étudier, l'application de ces articles, nous allons

supposer successivement le mineur de seize ans, convaincu soit de crime, soit de délit soit de contravention.

§. 1. — *L'infraction commise par le mineur est un crime.*

En toute matière criminelle, l'âge de l'accusé change la nature des peines à prononcer, et substitue aux peines afflictives et infamantes, un emprisonnement correctionnel, toujours temporaire (1). La durée de cet emprisonnement est variable suivant les cas, et peut dépasser de beaucoup la limite ordinaire de cinq ans. Pour déterminer cette durée, il faut distinguer trois cas différents :

Premier cas. — Le crime commis par le mineur est de nature à entraîner une peine *afflictive perpétuelle*, c'est-à-dire la peine de mort, les travaux forcés à perpétuité, ou la déportation.

La durée de l'emprisonnement variera alors de dix à vingt ans.

Deuxième cas. — Le crime est de nature à entraîner seulement une peine *afflictive temporaire*, c'est-à-dire, les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion.

La durée de l'emprisonnement variera du tiers au moins, et de la moitié au plus, du temps pour lequel le mineur aurait pu être condamné à l'une de ces peines.

Il résulte de ces expressions de la loi, que ce n'est ni le maximum, ni le minimum de chacune de ces peines, que les juges doivent prendre en considération, mais qu'ils doivent déterminer d'abord la peine qui serait en-

1. Le mineur étant condamné pour crime à une peine correctionnelle seulement, il en résulte qu'il n'encourra pas les incapacités qui sont la conséquence des condamnations à des peines afflictives et infamantes, telles que l'interdiction légale, et la dégradation civique.

courue par un majeur, dans les mêmes circonstances, et opérer sur cette peine le calcul indiqué par le texte. Quelques tribunaux avaient jugé que le tiers et la moitié de la peine, qui est applicable aux mineurs d'après le § 3 de l'article 67, devaient se calculer uniformément sur le *maximum* de la peine encourue, abstraction faite de son minimum. Mais il serait résulté de cette interprétation, qui d'ailleurs a contre elle, le texte de l'article 67, que, dans le cas, où la peine encourue aurait été celle des travaux forcés à temps ou de la détention, le minimum de la peine infligée au mineur de seize ans, aurait été supérieur à celui de la peine que la loi refuse de lui appliquer, puisque le minimum des travaux forcés à temps ou de la détention est le *quart* de leur maximum, et que le minimum de la peine appliquée au mineur aurait été le tiers de ce maximum, c'est à dire six ans et huit mois, au lieu de cinq ans. Aussi la Cour de Cassation n'a-t-elle pas hésité à déclarer : « que l'article 67, en déterminant la peine à infliger aux mineurs de seize ans qui avaient commis avec discernement des crimes emportant les travaux forcés à temps et la réclusion, a modifié ces deux peines non seulement quant à la gravité de leur nature, en les remplaçant par la détention correctionnelle, mais aussi quant à leur durée en restreignant celle-ci à la limite du tiers de la moitié; et que d'après les articles 19 et 24 du même code pénal, la durée, soit de la réclusion, pouvant n'être que 5 ans, il s'ensuit, par une conséquence nécessaire des dispositions du dit article 67, que la durée de la détention correctionnelle d'un mineur de seize ans peut n'être que du tiers de cinq ans

c'est-à-dire de vingt mois (Cass. 15 janv. 1825, *Bull.* n° 4). »

Dans les deux premiers cas, que nous venons d'examiner, l'article 67, nous dit que le mineur pourra être mis, par l'arrêt ou le jugement sous la surveillance de la haute police, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. Mais la loi du 27 mai 1885, sur les récidivistes (art. 19), a supprimé la surveillance de la haute police et l'a remplacée par l'interdiction de certains séjours. Ce n'est donc plus la surveillance de la haute police, mais la peine nouvelle, de l'interdiction de certains séjours, qui pourra être appliquée aux mineurs dans les deux cas qui nous occupent. Une des conséquences de la loi de 1885 est en effet, que dans tous les cas, où la loi prononçait elle-même la surveillance dans ceux où elle ordonnait, dans ceux où elle permettait aux juges de la prononcer, la défense faite au condamné de paraître dans certains lieux interdits par le gouvernement, devra en venir prendre place dans le jugement (1).

D'autres dispositions de la loi du 27 mai 1885 doivent nous arrêter. Cette loi en effet a introduit dans notre législation pénale, la peine de la rélégalion, et nous devons nous demander, quelle influence l'âge des individus exerce sur cette peine ? L'article 6 de la loi dispose que « la rélégalion n'est pas applicable aux individus, qui seront âgés de moins de vingt et un ans à l'expiration de leur peine. » Cette décision a été justifiée par M. de Verminac au Sénat en ces termes : « Il a paru juste de ne pas appliquer cette peine à ceux qui à raison de leur

1. Albert Desjardins, *Loi sur les Récidivistes*.

jeunesse et malgré les fautes commises peuvent n'être pas considérés comme des récidivistes incurables. » Et en effet, lorsqu'on se trouve en présence d'un homme, qui à peine au seuil de la vie, vient déjà de commettre des délits ou des crimes, il y a lieu d'espérer, alors même qu'il a déjà subi plusieurs condamnations qu'il fera un retour vers le bien.

On peut ajouter que le législateur, en affranchissant les mineurs de la rélévation a obéi à des sentiments d'humanité, voulant leur éviter les fatigues d'une longue traversée « et les dangers d'un climat nouveau, qu'à raison de leur âge trop tendre ils supportaient moins facilement (1). »

C'est pour ce double motif qu'il a établi la limite de vingt et un ans. Cette limite ne se trouve pas d'ordinaire dans nos lois pénales.

Si le législateur de 1885 n'a pas voulu appliquer aux mineurs de vingt et un ans la peine de la rélévation, il a néanmoins pensé qu'il fallait prendre certaines mesures de précautions contre des malfaiteurs qui ont fait leurs preuves, et que leur âge seul empêche d'être rélégués. Aussi lisons-nous dans l'article 8 que : « Celui qui aurait encouru la rélévation, par application de l'article 4 de la loi, s'il n'était pas mineur de vingt et un ans, sera après l'expiration de sa peine retenu dans une maison de correction jusqu'à sa majorité. Il y a entre cette détention dans une maison de correction, et celle qui peut avoir lieu par application de l'article 66 du code pénal

1. De Verninac. Rapport au sénat.

plusieurs différences, signalées par M. Desjardins, dans ses *annotations* sur la loi des récidivistes :

1° L'envoi dans une maison de correction qui a lieu en vertu de l'article 8 de la loi du 27 mai 1885 est une conséquence nécessaire de la condamnation.

2° Celui qui y est soumis, peut avoir eu plus de seize ans au moment de l'action.

3° Il est *retenu*, et il l'est nécessairement jusqu'à sa majorité, tandis que la loi du 5 août 1850 (art. 9), permet aux jeunes détenus d'être placés provisoirement hors de la colonie.

Il faut remarquer d'ailleurs, que le renvoi dans une maison de correction sera bien rarement prononcé contre le mineur en vertu de l'article 8 de la loi 1885. Il est fort probable, que ce mineur n'aura pas pu commettre avant l'âge de vingt et un ans, le nombre d'infractions nécessaire pour qu'il soit passible de la rélégalion, sans que l'envoi en correction ait déjà été édicté contre lui par application de l'article 66 du code pénal. Mais le législateur a sans doute pensé à la maxime : « *quod abundat, non vitiat.* »

A quel moment, doit-on considérer l'âge du condamné pour savoir si la rélégalion lui est applicable ? L'article 6, par 1 répond : « A l'expiration de sa peine. » Mais cela ne suffit pas. Est-ce en effet de l'expiration légale, ou de l'expiration *effective* de la peine qu'il s'agit ? Précisons : Un jeune homme est condamné à une peine telle qu'elle expirera, si rien ne l'abrège, lorsqu'il aura plus de vingt et un ans. La rélégalion a été prononcée contre lui. Mais on lui fait subir sa peine en cellule ce qui la réduit du quart (art. 4,

loi du 5 juin 1875), et cette réduction a pour effet de faire sortir le jeune homme de prison avant l'âge de vingt et un ans. Devra-t-on même dans ce cas le reléguer ? Nous ne le pensons pas, et nous partageons sur ce point l'avis de notre savant maître, M. Desjardins. » Le texte de la loi, dit-il, et l'explication du rapporteur ne nous semblent laisser aucun doute sur la décision à donner. « A l'expiration de la peine, » dit la loi. Elle nous ordonne de nous placer au moment où le détenu recouvre la liberté. En se plaçant à ce moment, le rapporteur nous dit que celui qui n'a pas vingt et un ans, ne pourrait être regardé comme incurable (1). »

On peut dire en outre, que lorsque le mineur a été soumis à l'emprisonnement individuel, en vertu de la loi du 5 juin 1875, il y a lieu d'espérer qu'il en sort amendé dans une certaine mesure. C'est une raison de plus pour ne point le traiter comme un récidiviste incurable.

Pour en avoir fini avec la peine de la relégation, faisons remarquer, que dans le cas où cette peine n'aura pu être prononcée à cause du jeune âge du condamné, si une nouvelle condamnation intervient, lorsqu'il aura atteint sa majorité, cette condamnation aura pour effet de faire revivre toutes les condamnations encourues par le mineur de vingt et un ans, et toutes ces condamnations compteront alors en vue de la relégation (article 6).

Troisième cas. — Le crime commis par le mineur est de nature à n'entraîner qu'une peine infamante, le bannissement et la dégradation civique.

1. Le journal « *Le Droit* », des 25 et 26 janv. 1886.

Dans ce cas, la durée de la peine de l'emprisonnement variera d'un an à cinq ans.

Observons, que c'est là d'ailleurs une hypothèse presque purement chimérique, les infractions punies de ces deux peines, le bannissement et la dégradation civique, n'étant pas de celles dont le mineur de seize ans puisse se rendre facilement coupable.

Nous venons de voir, qu'en toute matière criminelle, l'âge de l'accusé, changeait la nature des peines à prononcer, et substituait aux peines afflictives et infamantes une peine correctionnelle. Mais, en changeant la *nature* de la peine, l'excuse change-t-elle aussi la nature de l'infraction ? Transforme-t-elle le crime en délit ?

Contrairement à une opinion générale, nous adopterons l'affirmative, nous appuyant sur les considérations suivantes :

1° L'article premier du code pénal définit le délit, « toute infraction que les *lois* punissent de peines correctionnelles. » Le caractère de l'infraction est subordonné à la nature de la peine que la loi lui applique. Or dans le cas de minorité, c'est bien la loi elle-même, qui prononce directement une peine correctionnelle contre les crimes commis par les mineurs de seize ans. Ces crimes sont donc devenus par suite de l'excuse de simples délits. Il en serait autrement si un crime avait été puni de peines correctionnelles, non pas par suite d'une excuse, mais par suite de la déclaration de circonstances atténuantes. C'est qu'alors en effet, la transformation des peines n'est pas l'œuvre directe de la loi, mais l'œuvre du juge ; ce n'est pas en vertu de circonstances prévues à l'avance

par le législateur que la peine est modifiée, mais en vertu de circonstances laissées à l'appréciation du juge.

2° Nous tirerons un second argument d'une analogie évidente entre les circonstances aggravantes et les excuses. C'est en vertu d'une appréciation « légale » que les premières aggravent la peine, comme les secondes l'atténuent. Or, quand le résultat d'une circonstance aggravante, est de faire appliquer à l'infraction qu'elle accompagne une peine criminelle, alors que dépouillée de cette circonstance l'infraction n'est punie que d'une peine correctionnelle personne ne conteste que le délit ne devienne un crime. Pourquoi l'excuse, qui a pour effet de substituer une peine correctionnelle à la peine criminelle dont le fait non excusé serait passible, ne produirait-elle pas le résultat inverse, de faire dégénérer le crime en délit ? Mais dit-on l'excuse n'a trait qu'à la criminalité subjective, et « de ce qu'elle modifie la nature de la peine, parce que sa cause diminue cette criminalité subjective, on ne saurait légitimement conclure qu'elle métamorphose le caractère de l'infraction. Ce n'est pas parce que la loi punit les infractions d'une certaine classe de peine afflictives et infamantes, que ces infractions sont des crimes ; c'est au contraire, parce qu'à raison de leur criminalité objective, ces infractions sont des infractions très dangereuses, que la loi frappe en général leurs auteurs de peines afflictives et infamantes (1). »

Ce raisonnement tout spécieux qu'il est ne saurait nous convaincre. En effet, la qualité de domestique chez l'auteur d'un vol, ne modifie pas non plus la criminalité ob-

1. Bertauld.

jective du vol, et cependant cette qualité a bien pour résultat de transformer en crime une infraction, qui sans elle, ne serait qu'un simple délit. Pourquoi, inversement, la qualité de mineur, bien que ne modifiant pas la criminalité objective de l'infraction, ne pourrait-elle pas la faire dégénérer de crime en délit?

3^o L'opinion que nous soutenons a dominé la discussion de la loi du 13 mai 1863, et notamment la révision des articles 57 et 58 du code pénal; et le législateur à cette époque a consacré le principe que celui-là seul est condamné pour crime auquel la loi inflige des peines afflictives et infamantes. Celui auquel la loi n'inflige que des peines correctionnelles est condamné pour délits. C'est ce qui nous semble ressortir avec la dernière évidence des articles 57 et 58 du code pénal qui mettent sur la même ligne « le délit, ou le crime qui n'est puni que de peines correctionnelles. »

Nous déciderons donc que l'excuse de minorité qui transforme la nature de la peine, transforme aussi la nature de l'infraction (1).

Cette question présentait sous l'empire du code pénal de 1810, avant la loi de révision de 1832 et avant la loi du 13 mai 1863, un triple intérêt, au point de vue de la récidive, de la prescription, et du droit de déclarer les circonstances atténuantes en cour d'assises.

Aujourd'hui, le premier de ces intérêts a disparu, mais les deux autres subsistent.

1. A l'appui de notre opinion, nous pouvons citer celle de M. Faustin-Hélie. (*Instr. cr.* T. III, page 886).

Premier intérêt. — Au point de vue de la récidive.

L'article 56 du code pénal de 1810, déclarait en état de récidive tout accusé déjà condamné « *pour crime* », lorsque postérieurement à cette première condamnation, il s'était rendu coupable d'un nouveau crime. Mais que décider, dans les cas, où le crime n'était puni que de peines correctionnelles, comme cela se présentait pour le mineur de seize ans ? Conformément à l'opinion que nous avons admise précédemment, il aurait fallu décider, que dans les cas où le crime n'était puni que de peines correctionnelles à raison de l'excuse de minorité, l'accusé ne devait pas être considéré comme ayant été *condamné pour crime*, et que par suite, il ne devait pas être passible de l'aggravation de peine portée contre la récidive. Mais la Cour de Cassation avait par plusieurs arrêts (1) admis une autre doctrine : « Attendu que la peine correctionnelle n'avait été substituée à la peine afflictive ou infamante, qu'en considération de l'âge du coupable ; qu'elle ne changeait pas la nature du fait de sa condamnation, et que sa détention dans une maison de correction avait toujours pour cause la culpabilité du crime dont il avait été convaincu. »

En conséquence, elle appliquait les peines de la récidive à l'individu reconnu coupable d'un crime, et qui mineur de seize ans, avait été précédemment condamné pour crime à des peines correctionnelles.

1. 10 av. 1818, *Bull.* n° 42 ; 2 av. 1825, *Bull.* n° 84.

Après la loi du 25 juin 1824, disposant dans son article 1^{er}, qu'en principe, les mineurs de seize ans, même accusés de crimes, seraient jugés par les tribunaux correctionnels, la Cour de Cassation modifia sa jurisprudence. Elle a jugé par des arrêts du 27 juin 1828 (*Bull.* n° 189), du 2 octobre 1828 (*Bull.* n° 291), et du 9 février 1832 (*Bull.* n° 49), qu'en matière de récidive « l'attribution donnée aux juges correctionnels de la connaissance de faits à raison desquels ces tribunaux n'ont prononcé que des peines correctionnelles, place nécessairement ces faits dans la catégorie de délits, et ne permet pas de leur reconnaître le caractère de crimes. »

Bien que ces arrêts admettent la solution que nous avons nous-même admise, nous ne saurions en approuver les motifs. Ce n'est pas en effet parce que le crime est jugé par les tribunaux correctionnels qu'il dégénère en délit, mais, parce qu'il n'est puni par la loi que de peines correctionnelles. La question de juridiction est ici indifférente. Autrement, la même infraction, pouvant, d'après la loi de 1824 elle-même, être jugée soit par la Cour d'assises, soit par la juridiction correctionnelle suivant que le mineur a ou n'a pas de complice : présents, il aurait fallu décider que cette infraction constituait un crime, si elle était jugée par la Cour d'assises, et qu'elle constituait au contraire un délit, si elle était jugée par le tribunal correctionnel. Le même fait, aurait pu à la fois constituer un crime et un délit, résultat au moins singulier.

D'ailleurs les motifs donnés par la Cour de Cassation étaient en contradiction formelle avec la loi de 1824, qui

n'avait eu nullement pour but de changer un fait qualifié crime en délit, mais qui avait seulement voulu soustraire le mineur de seize ans à l'épreuve et à la honte de la Cour d'assises.

Depuis la loi de révision générale du 28 avril 1832, la question de savoir si les peines de la récidive doivent être appliquées à l'individu reconnu coupable d'un crime, et qui mineur de seize ans, avait été précédemment condamné pour crime à des peines correctionnelles ne fait plus doute. Le nouvel article 56, qui règle l'hypothèse de la récidive de crime à crime, ne s'attache plus par ses termes à la qualification du fait incriminé, mais à la nature de la peine prononcée. Il ne dit plus : « quiconque ayant été condamné pour *crime* ». mais « *quiconque* ayant été condamné à une peine afflictive et infamante. »

La récidive de crime à crime, ne peut donc pas exister, lorsque le premier crime a été commis à un moment où le coupable était âgé de moins seize ans.

La loi de 1832, qui avait modifié l'article 56 du code pénal, n'avait pas au contraire modifié l'article 57 réglant l'hypothèse de la récidive de crime à délit. Elle y avait conservé les mots. « Quiconque ayant été condamné pour *crime*. » « De là, la question de savoir, si, tandis que dans l'article 56, on s'attachait pour reconnaître l'existence de la récidive à la nature de la première peine appliquée, il fallait dans l'article 57, la fonder sur la qualification du premier fait, lors même que ce fait n'avait mérité qu'une peine correctionnelle. »

La cour de cassation avait adopté l'affirmative, et elle

avait continué, malgré la rectification de l'article 56, à fonder la récidive prévue par l'article 57 sur la qualification du fait. C'est ainsi qu'elle avait plusieurs fois jugé, qu'un accusé poursuivi pour un fait qualifié crime, était réputé condamné pour « un crime, » suivant les termes de l'article 57, alors même qu'à raison de son âge, il n'avait encouru qu'une peine correctionnelle.

La loi du 13 mai 1863 a mis un terme à cette anomalie existant entre les articles 56 et 57 du code pénal.

La loi de 1863 a aussi modifié l'article 58 qui prévoit le cas de récidive de délit à délit, en ajoutant à la suite du mot délit, les mots suivants : « ou un crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles. » Cette addition a eu pour conséquence de faire admettre des cas de récidive de délit à crime alors que cette sorte de récidive n'existe pas d'ordinaire dans nos lois pénales, dans toutes les hypothèses où par suite de la minorité du condamné, le deuxième fait qualifié crime n'est passible que d'une peine correctionnelle.

Deuxième intérêt. — Au point de vue de la prescription.

La durée de la prescription de l'action publique, est de dix ans en matière criminelle et de trois ans en matière correctionnelle. Telle est la règle écrite dans les articles 637 et 638, du code d'instruction criminelle. Mais une difficulté se présente dans l'hypothèse, où un crime a été commis par un individu âgé de moins de seize ans. Nous savons que le crime n'est puni que d'une peine correctionnelle. D'où la question de savoir, quelle influence

exerce sur la durée de la prescription, cette substitution d'une peine correctionnelle à une peine afflictive et infamante, par suite de l'excuse de minorité? Si l'on décide, contrairement à l'opinion que nous avons admise, que l'excuse de minorité tout en transformant la nature de la peine encourue, ne transforme pas la nature de l'infraction, et ne fait pas dégénérer le crime en un simple délit, il faudra en conclure que la durée de la prescription est de dix ans, puisque telle est la règle en matière criminelle (1).

Mais si l'on admet, comme nous l'avons fait, que la substitution de peines correctionnelles aux peines afflictives et infamantes enlève au fait imputé au mineur le caractère de crime, pour le convertir en un simple délit correctionnel, il faut nécessairement décider que la durée de la prescription est non pas de dix ans, mais de trois ans comme cela a lieu en matière correctionnelle (2).

La Cour de Cassation, après avoir longtemps décidé que la prescription applicable, à l'individu poursuivi pour crime, mais qui à raison de son âge n'encourait qu'une peine correctionnelle était la prescription de dix ans, a modifié sa jurisprudence depuis la loi du 25 juin 1824 (3). L'arrêt du 22 mai 1841 (*Bull.* n° 153) porte : « Attendu que d'après l'article 637 du code d'instruction criminelle,

1. Sic. Brun de Villeret (*De la prescription en matière criminelle*, n° 195.) Paul Bernard (*Revue critique*, 1862, tom. 21, page 321. — Angers, 3 décembre 1849, tribunal de Chaumont, 8 mars 1856.

2. Faustin Hélie, Morin, (*Répert. crim.* mot *accusé*, n° 4).

3. Cass. 22 mai 1841. *Bull.* n° 153; 25 août 1864 (*Sirey*, 65, 1. 101), 10 décembre 1867 (*Sirey*, 71. 1. 239); 12 août 1880 (*Sirey*, 81, 1, 385).

la prescription de dix ans est établie pour les crimes de nature à entraîner des peines afflictives et infamantes ; que selon l'article 638 la prescription de 3 ans s'applique aux faits de nature à être punis correctionnellement ; que la qualification légale d'un fait résulte et de la juridiction à laquelle il est déféré, et de la peine qu'il doit encourir ; qu'il suit de là qu'un fait de la compétence des tribunaux correctionnels, et puni de peines correctionnelles se prescrit par trois ans ; que le crime commis par un individu âgé de moins de seize ans aux termes de l'article 68 du code pénal étant de la compétence des tribunaux correctionnels et n'étant passible que des peines prononcées par ces tribunaux rentre nécessairement dans la classe des délits et que l'action qui en résulte se prescrit par trois ans. »

Des motifs de cet arrêt, il ressort que la Cour de Cassation fait dépendre la durée de la prescription, de la compétence des tribunaux correctionnels ou de la Cour d'assises tandis que nous avons admis qu'il fallait la faire dépendre seulement de la nature de la peine applicable. Ce n'est pas parce que les crimes commis par les mineurs sont jugés par les tribunaux correctionnels qu'il faut leur appliquer la prescription spéciale aux délits, mais bien parce que la loi ne punit ces crimes que de peines correctionnelles, et que cette substitution des peines correctionnelles, aux peines criminelles, fait dégénérer le fait imputé au mineur en un simple délit.

La doctrine de la Cour de Cassation conduit d'ailleurs à de choquantes contradictions. C'est ainsi qu'elle décide, que l'admission de l'excuse de provocation n'exerce aucu-

ne influence sur la durée de la prescription (1) parce que cette excuse n'exerce aucune influence sur les règles de compétence. La poursuite d'un crime auquel s'appliquera l'excuse de minorité se prescrira par trois ans, tandis que celle d'un crime auquel s'appliquera l'excuse de provocation se prescrira par dix ans.

D'autre part, et c'est là la contradiction la plus flagrante, supposons que deux mineurs de seize ans commettent identiquement le même fait, l'un seul, l'autre avec des complices majeurs. Aux termes de l'article 68 du code pénal, le mineur de seize ans qui a agi seul sera traduit devant un tribunal correctionnel. D'après la Cour de Cassation, il pourra invoquer la prescription de trois ans, relative au délit correctionnel.

Au contraire, le mineur de seize ans qui a commis un fait identique qualifié crime, mais qui par cela seul qu'il a un complice de plus de seize ans devra être jugé par la Cour d'assises, ne pourra invoquer que la prescription de dix ans relative aux délits. Mais, pourquoi cette circonstance qu'il a des complices majeurs, qui n'augmente ni ne diminue sa culpabilité, et qui ne résulte que de l'indivisibilité de la procédure, entraînerait-elle une augmentation de sévérité contre le mineur de seize ans ? Est-ce là ce qu'a voulu le législateur (2) ?

1. Cass. 17 janv. 1833. (Sirey, 33, 1. 413).

2. Comp. sur la question Brum de Villeret, *op. cit.* (nº. 195, Paul Bernard); *Rev. crit.* 1862, tom. 21 page 321

Troisième intérêt. — Au point de vue du droit de déclarer l'existence des circonstances atténuantes en Cour d'assises.

Aux termes de l'article 341 du code d'instruction criminelle : « En toute matière criminelle, même en cas de récidive, le Président après avoir posé les questions résultant de l'acte d'accusation et des débats avertit le jury à peine de nullité, que s'il pense à la majorité, qu'il existe des circonstances atténuantes, il doit en faire la déclaration en ces termes : « A la majorité il a des circonstances atténuantes en faveur de l'accusé. »

Il semble résulter de la généralité des termes de cet article, qu'il suffit pour que la constatation des circonstances atténuantes rentre dans les attributions des jurés que le fait, objet de l'accusation soit qualifié crime, sans aucune distinction entre le cas où il est réprimé par une peine afflictive et infamante, et celui où il n'est réprimé que par une peine correctionnelle. Mais conformément à la théorie que nous avons admise d'après laquelle l'admission de l'excuse de minorité fait dégénérer le crime en délit, nous déciderons que toutes les fois qu'un fait qualifié crime, ne doit être puni par suite de cette excuse que de peines correctionnelles, le jury n'a plus qualité pour déclarer des circonstances atténuantes, et doit laisser à la Cour d'assises, le soin d'examiner s'il en existe. Nous ne sommes plus dans ce cas, suivant notre théorie en matière criminelle.

L'article 463 du code pénal vient à l'appui de notre opinion. Il confère en effet « aux tribunaux » le droit de

réduire facultativement les peines, « toutes les fois que la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées par le code pénal » et cette disposition embrasse bien le cas du mineur qui n'est jamais passible que d'un emprisonnement correctionnel, aux termes de l'article 66 du code pénal.

En conséquence, malgré la déclaration du jury, reconnaissant en faveur du mineur de seize ans l'existence de circonstances atténuantes, la Cour n'est pas tenue de réduire la peine en raison de cette déclaration. Elle peut ne pas en tenir compte. De la combinaison de l'article 341 du code d'instruction criminelle, avec les six premiers paragraphes de l'article 463 du code pénal, il résulte que la déclaration du jury, affirmative sur les circonstances atténuantes n'oblige la Cour d'assises à prononcer une atténuation de peine, qu'autant que le fait déclaré constant par le jury est passible de peines afflictives et infamantes.

Si la Cour d'assises veut accorder au mineur de seize ans des circonstances atténuantes, elle doit déclarer en son propre nom qu'elles existent effectivement.

La Cour de Cassation n'a pas admis cette doctrine, relativement à l'excuse de minorité. Elle a jugé d'une façon constante, que dans l'hypothèse où un mineur de seize ans est traduit en cour d'assises par application de l'article 68 du code pénal, la déclaration des circonstances atténuantes rentrait dans la compétence du jury (1).

Au contraire, elle ne reconnaît plus au jury le droit

1. Arrêts du 28 janvier 1847, premier août 1866 (Sirey, 87, 1. 185).

de statuer sur les circonstances atténuantes, quand il y a eu admission non plus de l'excuse de minorité, mais de l'excuse de provocation.

Cette différence provient de ce que la Cour de Cassation admet, qu'au cas de Concours de l'excuse atténuante résultant de la minorité de seize ans avec des circonstances atténuantes, c'est l'atténuation résultant des circonstances atténuantes qui doit être appliquée la première. Elle prétend que les circonstances atténuantes doivent produire leur effet, avant l'excuse de minorité. C'est de la peine telle que l'aurait subie un majeur, mais atténuée par les circonstances atténuantes, qu'il faut partir, pour obtenir l'atténuation exigée par la loi au cas de minorité de seize ans. Or, cette peine, telle que l'aurait subie un majeur, et qui doit tout d'abord être atténuée par les circonstances atténuantes est une peine afflictive et infamante. Il est donc tout naturel que la Cour de Cassation, dans ce cas, reconnaisse au jury le droit de statuer sur les circonstances atténuantes.

Au contraire au cas d'excuse atténuante résultant de la provocation, la Cour de Cassation admet, que l'atténuation résultant de l'excuse doit être appliquée avant celle résultant des circonstances atténuantes. L'atténuation résultant des circonstances atténuantes porte alors sur une peine correctionnelle, et c'est pour cela que le jury n'est plus compétent pour déclarer les circonstances atténuantes.

Nous aurons plus loin l'occasion de démontrer que la Cour de Cassation n'a pas été logique, en n'admettant pas la même solution, au cas de concours de l'excuse atténuante résultant de la minorité de seize ans avec les cir-

constances atténuantes, qu'au cas de concours de l'excuse atténuante de provocation, avec ces mêmes circonstances atténuantes. Aussi, pour nous, dans le premier cas, comme dans le second, c'est à la cour, et non pas au jury à constater les circonstances atténuantes pouvant exister dans la cause.

Examinons une dernière question sur l'article 67 du code pénal. Cet article doit-il être appliqué au parricide ? Le doute vient de l'article 323 qui porte que le parricide n'est « jamais excusable. » Mais ce texte n'a pas la portée générale qu'on serait tenté de lui attribuer au premier abord. La place qu'il occupe, à la suite des articles 321 et 322 qui s'occupent de l'excuse de provocation, indique, que, malgré les expressions générales dont le législateur s'est servi, c'est seulement la provocation, dont il est question dans ces articles, qui n'est pas admise comme cause d'excuse du parricide.

L'article 323 ne fait nullement obstacle à ce que la peine soit réduite conformément à l'article 67 du code pénal, lorsque le parricide a été commis avec discernement par un mineur de seize ans. L'excuse qui a son principe dans la minorité de l'accusé est générale ; elle ne saurait recevoir aucune exception, parce que la raison qui l'a fait établir, c'est-à-dire, l'ignorance présumée de la criminalité des actes jusqu'à seize ans s'applique à tous les cas.

§ 2. — *L'infraction commise par le mineur de seize ans est un délit correctionnel.*

En matière correctionnelle, lorsqu'il sera décidé que le mineur de seize ans a agi avec discernement, la peine

qui sera prononcée contre lui, ne pourra pas excéder, aux termes de l'article 69 « la moitié de celle à laquelle il aurait pu être condamné s'il avait eu seize ans. » — Cette disposition s'applique seulement à deux peines correctionnelles, l'emprisonnement, pour la durée, et l'amende pour la *quotité*. La confiscation spéciale, lorsqu'elle est prononcée pour délits, et l'interdiction de certains droits civiques, civils, et de famille, ne sont pas modifiées par le jeune âge du condamné. La raison en est que ce sont là deux peines complémentaires qui ont un but spécial et distinct des peines qui constituent le châ-timent direct du délit.

MM. Chauveau et Hélie, font remarquer qu'il a été reconnu par la jurisprudence qu'il est contraire au vœu de l'article 69 d'appliquer au mineur condamné pour délit correctionnel, qui a agi avec discernement, la *moitié* de la peine qu'il aurait précisément subie s'il avait eu seize ans accompli. Il est nécessaire que la peine appliquée soit au *dessous* de la moitié de celle qu'il aurait dû subir s'il avait eu cet âge (1). Cette solution, ajoutent-ils, n'est que « *l'application textuelle de la loi.* »

Cette observation de MM. Chauveau et Hélie, est juste entant qu'elles'applique à l'arrêt de la Cour de Bordeaux, rendu sous l'ancien article 69, révisé en 1832, lequel était ainsi conçu : « si le coupable n'a encouru qu'une peine correctionnelle il pourra être condamné à telle peine correctionnelle qui sera jugée convenable, pourvu qu'elle soit au *dessous* de la moitié de celle qu'il aurait subi s'il

1. Arrêt de Bordeaux. 26 août 1830, *Journ. du dr. cr.*, 1830, page 59.

avait eu seize ans. » Mais présentée, comme interprétation du nouvel article 69, l'observation manquerait de justesse, puisque cet article porte : « la peine ne pourra s'élever au *dessus* de la moitié de celle à laquelle... etc. MM. Chauveau et Hélie qui ont écrit depuis 1832 semblent n'avoir pas pris garde à ce changement de rédaction.

Pour appliquer l'article 69, le juge doit déterminer d'abord la durée de l'emprisonnement et la quantité de l'amende qui seraient applicables au mineur, s'il avait eu seize ans accomplis au jour de l'infraction, et ne prononcer contre lui au maximum que la moitié de ces peines.

L'article 69, indique bien le maximum de la peine qu'on peut prononcer contre le mineur, mais il est muet sur le *minimum*. Quel sera ce minimum ?

Trois solutions sont, suivant nous, possibles :

1° Le minimum peut être celui des peines correctionnelles, c'est-à-dire, six jours d'emprisonnement ou 16 fr. d'amende.

C'était là la solution qui résultait de l'ancien article 69. Car en donnant au juge la faculté d'appliquer « *telle peine correctionnelle* » qu'il jugeait convenable, cet article lui donnait évidemment le droit de réduire l'emprisonnement à 6 jours et l'amende à 16 fr. Mais il ne lui donnait pas le droit de descendre au *dessous* des peines correctionnelles; c'est à dire aux peines de simple police. Il devait nécessairement appliquer une peine correctionnelle; « *telle peine correctionnelle* » disait l'article.

Ceux qui adoptent encore aujourd'hui cette première solution s'appuient sur que l'article 66, qui ne détermine pas la mesure dans laquelle peut avoir lieu l'abaissement

du minimum de la peine, qu'il autorise en faveur du mineur de seize ans, coupable d'un simple délit, doit se compléter à cet égard par l'article 40 du code pénal, lequel forme la règle du minimum de l'emprisonnement correctionnel, dans tous les cas ou d'autres limites n'ont pas été déterminées par la loi (1).

2° Le minimum, peut être celui auquel le mineur aurait été condamné s'il avait eu seize ans.

On pourrait supposer en effet que le nouvel article 69, en ne s'expliquant que sur le maximum de la peine encourue, a entendu laisser au minimum ses proportions ordinaires. Mais, il est bien difficile de penser que la loi du 28 avril 1832 ait voulu se montrer plus rigoureuse à l'égard des mineurs de seize ans que le code de 1810.

3° De même que le maximum de la peine applicable au mineur est la moitié de la peine à laquelle il aurait pu être condamné s'il avait eu seize ans, de même le *minimum*, sera la moitié du minimum qui pourrait être appliqué si l'agent était majeur.

C'est à cette dernière solution que nous nous arrêterons. Nous pensons qu'il faut conclure du silence de l'article 69 sur le minimum de la peine, que cet article a entendu soumettre le calcul du minimum, à la même règle que celui du maximum, alors même que cette manière de procéder aurait pour résultat de faire descendre la peine au dessous de la dernière limite des peines correctionnelles, c'est-à-dire jusqu'aux peines de simple police. Le changement de rédaction qui a été apporté à l'article

1. Crim. Rej. 41 janv. 1856 (D. 56. 1. 108); 5 mai 1857 (D. 61, 5, 355).

69 en 1832 confirme d'ailleurs cette opinion. Le nouvel article ne dit plus en effet, comme le faisait l'ancien, que c'est une peine *correctionnelle*, qui doit nécessairement être prononcée.

Par suite, le tribunal estime-t-il, que le prévenu, abstraction faite de sa qualité de mineur n'a encouru suivant les circonstances de la cause, que le minimum de la peine prononcée par loi, contre le délit qui lui est imputé ? Il doit lui appliquer à raison de son âge la moitié de cette peine, alors même que cette moitié serait au-dessous de l'amende ou de l'emprisonnement correctionnel. S'il en était autrement, il en résulterait, que le mineur de seize ans, dans le cas, où indépendamment de sa qualité de mineur il n'aurait encouru que le minimum, devrait être condamné à la même peine que s'il avait eu seize ans. Prenons une espèce : Un mineur de seize ans est prévenu d'une infraction contre laquelle la loi prononce la peine de l'emprisonnement ou de l'amende. A raison des circonstances de la cause, le tribunal correctionnel estime, que le mineur, s'il était majeur, ne devrait être frappé que du minimum de l'emprisonnement, c'est-à-dire six jours, ou du minimum de l'amende, c'est-à-dire 16 francs. C'est ce minimum, dont le tribunal devra prendre la moitié, soit trois jours d'emprisonnement, ou 8 francs d'amende pour l'appliquer au mineur. De sorte que l'âge seul du prévenu, sans déclaration de circonstances atténuantes, pourra transformer la peine correctionnelle en peine de simple police.

Mais, il faut bien remarquer, que même dans cette hypothèse, la déclaration de circonstances atténuantes

ne sera pas inutile, car elle permettra au tribunal de descendre jusqu'au minimum des peines de simple police, c'est-à-dire jusqu'à 1 jour d'emprisonnement ou 1 franc d'amende, ce qu'il n'aurait pu faire sans elle. Nous pensons en effet, que si le tribunal correctionnel ne peut prononcer contre un mineur de seize ans plus de la moitié de la peine à laquelle il serait condamné s'il était majeur, il ne peut prononcer non plus, moins de la moitié. Il faut appliquer au minimum, la même règle qu'au maximum. Pour ne frapper le mineur de seize ans que d'une peine inférieure à la moitié du minimum de la peine correctionnelle qu'il aurait encourue s'il était majeur, les juges doivent nécessairement motiver leur décision sur une déclaration de circonstances atténuantes. (1).

§ 3. — *L'infraction commise par le mineur de seize ans est une contravention de simple police.*

La loi n'a pas prévu cette hypothèse. Aussi décide-t-on généralement qu'en matière de simple police, l'âge de l'inculpé n'est pas une excuse atténuante légale. Aux termes de l'article 65 du code pénal, nulle infraction ne peut en effet être excusée, ni la peine mitigée, que « dans les cas et les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse. »

1. Comp. Cass. 3 février 1849 (Sirey, 49, 1, 665); Orléans 19 octobre 1864 (D. 65, 2, 28).

Le peu de gravité des peines applicables en matière de simple police justifie d'ailleurs cette décision, et le juge aura toujours la faculté de faire une large application de l'article 483 du code pénal, qui étend aux contraventions l'article 483 relatif aux circonstances atténuantes. Ce qui lui permettra, même en matière de contravention de tenir compte de l'âge du prévenu et de réduire la peine.

Nous venons de déterminer en étudiant les articles 67 et 69 du code pénal, dans quelle mesure les peines devaient être atténuées par suite de l'excuse de minorité. Mais à cette cause d'atténuation, peut s'en joindre une autre, celle résultant de l'admission de circonstances atténuantes. Il peut se faire que dans un même procès, les deux faits de la minorité de seize ans et des circonstances atténuantes, concourent en faveur du même accusé. Dans ce cas, faudra-t-il appliquer tout d'abord la peine résultant de l'excuse de minorité, puis faire porter sur cette peine l'atténuation des circonstances atténuantes ? Ou bien au contraire, faudra-t-il d'abord édicter la peine résultant des circonstances atténuantes, et faire porter ensuite sur cette peine l'atténuation de l'excuse ? La question est importante, car la peine varie extrêmement suivant la solution qu'on lui donne.

Si l'on décide qu'il faut en premier lieu tenir compte de l'excuse de minorité, la réduction de peine, sera dans tous les cas beaucoup plus considérable que si l'on avait commencé par tenir compte des circonstances atténuantes. En effet, l'excuse de minorité, d'après l'article 67 du code pénal, produit ce résultat qu'on ne peut jamais prononcer contre le mineur qu'une peine correctionnelle, la peine de l'emprisonnement, quelque soit le crime qu'il ait commis. C'est donc sur cette peine de l'emprisonne-

ment, qu'il faudra faire porter l'atténuation résultant des circonstances atténuantes. Or, d'après l'article 463, 9°, dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement, et celle de l'amende sont prononcées par le code pénal, s'il y a des circonstances atténuantes, les juges sont autorisés, même en cas de récidive, à réduire l'emprisonnement au dessous de six jours, et l'amende au-dessous de 16 francs. Ils peuvent même substituer à la peine de l'emprisonnement une simple amende.

Donc, quelque soit le fait imputé au mineur, ce fait serait-il de nature à entraîner la peine de mort, si l'on admet, qu'il faut en premier lieu tenir compte de l'excuse de minorité, la peine pourra descendre jusqu'à 1 franc d'amende.

C'est sans doute ce résultat, qui a amené la jurisprudence, et avec elle la majorité des auteurs, à admettre qu'au cas de concours entre l'excuse atténuante de minorité et des circonstances atténuantes, il fallait en premier lieu tenir compte de l'atténuation résultant des circonstances atténuantes. La Cour de Cassation a établi en règle générale, que pour faire bénéficier l'accusé de la double atténuation à laquelle il a droit, aux termes des articles 67, 69 et 463 du code pénal, la Cour d'assises ou le tribunal doit déterminer d'abord :

1° La peine telle qu'elle serait encourue par la nature du crime ou du délit, si l'individu était majeur de seize ans.

2° La Cour doit ensuite fixer par application de l'article 463, le degré d'atténuation de la peine, c'est-à-dire la peine applicable au fait, tel qu'il résulte de la déclai-

ration du jury, toujours comme s'il s'agissait d'un majeur.

3° Enfin, faire subir à la peine ainsi fixée la transformation indiquée par les articles 67 et 69 (1).

La Cour suprême raisonne de la manière suivante : L'article 69 mesure la peine applicable au mineur sur celle à laquelle il aurait pu être condamné s'il avait eu seize ans. Pour déterminer la pénalité applicable au mineur de seize ans, il faut savoir qu'elle eût été la pénalité applicable si l'infraction avait été commise par un majeur. Or, la pénalité applicable au majeur, varierait suivant que des circonstances atténuantes seraient admises ou rejetées. Il faut donc d'abord tenir compte des circonstances atténuantes. Dans ce système le juge aurait à examiner s'il n'userait à l'égard du majeur que de l'abaissement obligatoire, ou s'il userait aussi de l'abaissement facultatif; puis cette question résolue il appliquerait l'article 67 ou l'article 69.

Nous n'admettons pas cette doctrine de la Cour de cassation, bien qu'elle soit approuvée par la majorité des auteurs, et nous déciderons, qu'en cas de concours entre l'excuse atténuante de minorité et des circonstances atténuantes, il faut commencer par faire subir à la peine, la réduction qui résulte de l'excuse (2). C'est là, suivant nous, la solution la plus conforme à la fois au texte et à l'esprit de la loi.

« En effet, dit M. Bertauld, est-ce que la peine sur laquelle se mesure l'atténuation résultant de l'excuse,

1. 10 août 1866 (D. 66. 1. 456).

2. Sic. Bertauld et Ortolan.

est la peine que dans telle ou telle hypothèse donnée, un majeur subirait? Non. C'est la peine que le fait pris en lui-même, considéré dans ses éléments intrinsèques, emporterait contre un majeur, et cela est bien différent. Il n'y a plus à faire d'appréciation hypothétique. Qu'elle est la peine écrite dans la loi? Qu'elle est la peine que l'admission de l'excuse substitue à la peine de droit commun? Ces deux questions résolues, si le juge reconnaît qu'il y a des circonstances atténuantes, il abaisse dans les limites de l'article 463 (dernier paragraphe) la peine correctionnelle encourue par le mineur. Là encore, c'est seulement sur le calcul final de la peine, que les circonstances atténuantes doivent exercer leur influence (1). »

Nous pouvons ajouter à ces considérations deux autres arguments :

1^o Il résulte des termes de l'article 463, que les circonstances atténuantes doivent produire leur effet « sur la peine prononcée par la loi. » Or, quand il y a excuse atténuante de minorité, c'est évidemment la peine diminuée par l'excuse qui est prononcée par la loi. Est-ce que ce n'est pas la loi, qui prononce dans le cas de l'article 67 la peine de l'emprisonnement ?

2^o La solution de la jurisprudence ne va-t-elle pas à l'encontre de l'un des buts que s'est proposé le législateur de 1832 en admettant la théorie des circonstances atténuantes, à savoir qu'elles ont été créées pour que le juge puisse faire descendre la peine aussi bas que possible, pour proportionner cette peine à la culpabilité. Pour sa-

1. Bertauld, page 367.

voir si la peine est trop dure, trop sévère, il faut d'abord la déterminer ; il faut chercher qu'elle serait la peine applicable s'il n'y avait pas de circonstances atténuantes, et ce n'est que sur la peine ainsi déterminée qu'il faudra appliquer les circonstances atténuantes.

CHAPITRE IV

DU RÉGIME SPÉCIAL APPLICABLE AUX MINEURS DE SEIZE ANS.

Nous savons que d'après l'article 66 du code pénal, les mineurs de seize ans reconnus coupables, mais acquittés comme ayant agi sans discernement, peuvent être remis à leurs parents, ou détenus pour être élevés par les soins de l'administration, jusqu'à l'accomplissement de leur vingtième année.

Nous savons aussi, que d'après l'article 67, les mineurs de seize ans déclarés coupables avec discernement peuvent être condamnés à un emprisonnement dont le maximum est de vingt ans.

Ces deux catégories de mineurs, mineurs acquittés et envoyés en correction, et mineurs condamnés devaient aux termes des articles 66 et 67 être placés dans des *maisons de correction*. Ces deux articles s'expriment en effet de la même façon : « Le mineur sera enfermé ou sera condamné à la peine de.... dans une *maison de correction*. Le code pénal de 1810 ne faisait d'ailleurs que reproduire sur ce point les dispositions du code de 1791. Le but de la loi se devine aisément ; il fallait soustraire l'enfance coupable à la honteuse et flétrissante promiscuité des condamnés adultes.

Mais en ordonnant de placer dans de mêmes établissements les mineurs acquittés et les mineurs condamnés, les

législateurs de 1791 et de 1810 avaient oublié de faire une distinction nécessaire. « Il n'est ni convenable, ni d'un bon effet moral sur le public de réunir les sujets acquittés et les sujets condamnés et de les soumettre au même traitement. En supposant que ce traitement soit ce qu'il y a de mieux pour les uns comme pour les autres, il suffit qu'il n'ait pas le même caractère pénal, pour qu'il ne doive pas être subi dans les mêmes établissements (1). »

Les dispositions des articles 66 et 67 du code pénal, concernant l'envoi des mineurs dans des maisons de correction demeurèrent longtemps lettre morte, aucune de ces maisons n'existant en fait. Il en résultait que les mineurs acquittés étaient renfermés et confondus avec les autres détenus dans les maisons départementales, et à plus forte raison les mineurs condamnés devaient-ils subir leur peine de la même manière que les adultes. Ce mode d'exécution si imparfait produisait des injustices et des effets déplorables. Aussi l'administration des prisons faisait-elle les plus louables efforts pour arriver à remplir les prescriptions de la loi (2). Mais la résistance venait des départements, qui propriétaires des bâtiments des prisons départementales se refusaient à toute modifications pouvant entraîner pour eux une dépense nouvelle.

Quelques améliorations furent faites seulement dans les maisons centrales. L'Etat étant propriétaire de ces bâ-

1. Tissot, *Droit pénal et Réforme pénitentiaire*, page 465.

2. Il n'y a pour s'en convaincre qu'à lire le règlement général pour les prisons départementales, du 30 octobre 1811. (Daloz, *répert. mot prisons*, page 1003) Voyez notamment les articles 108. 109.

timents, on ne se heurtait plus aux résistances des départements. Aussi des *quartiers* séparés furent-ils affectés dans les maisons centrales aux jeunes détenus.

En même temps, sous l'impulsion des nombreux partisans que ralliait à cette époque en France le système de l'isolement individuel, récemment importé d'Amérique, la maison cellulaire de la *Roquette*, était affectée aux jeunes détenus du département de la Seine, qui y furent définitivement installés en 1836, sur l'initiative du Préfet de Police, M. G. Delessert, et malgré M. de Tocqueville, qui reculait devant cette application du système cellulaire à des enfants.

Mais ce fut l'initiative privée qui fit faire à la question de la réforme pénitentiaire appliquée aux mineurs les plus grands progrès. Mentionnons comme premier essai, l'établissement créé en 1817, rue des Grès, par l'association de quelques personnes charitables à la tête desquelles se trouvait l'abbé Arnoux. Cet établissement était consacré à l'éducation correctionnelle d'un certain nombre de jeunes détenus choisis dans les prisons de la Seine, parmi les meilleurs sujets. Il disparut après la révolution de 1830, et les enfants qu'il contenait furent placés en 1831 dans la prison des *Madelonnettes*, et plus tard en 1836 dans la maison spéciale de la *Roquette*.

En 1832, l'administration ayant reçu le droit de placer les jeunes détenus en apprentissage soit chez des cultivateurs, des artisans ou fabricants, soit dans des établissements spéciaux, moyennant une subvention particulière, ce droit a donné naissance à de nombreux établissements privés,

Au premier rang, il faut placer la colonie laïque de Mettray (Indre-et-Loire) dont la réputation est européenne. Elle a été fondée en 1839 par MM. de Metz et de Courteilles, qui se sont consacrés à cette œuvre, esprit, corps et biens, dit M. Ortolan.

Leur système d'éducation était tout entier contenu dans cette idée « Rappeler le plus possible à l'enfant la famille absente. » Dans ce but, la colonie est divisée en plusieurs groupes, auxquels M. de Metz a donné le nom de familles, et chacun de ces groupes confié à la garde d'un surveillant éprouvé qui se nomme le *père de famille*, a une existence propre et individuelle.

Les jeunes détenus vivent en commun, et sont soumis au travail des champs à la différence de ce qui a lieu à la maison de la Roquette. M. Voisin, dans son très remarquable rapport sur les jeunes détenus présenté à la suite de l'enquête de 1872, fait très bien ressortir cette différence entre l'œuvre de M. Delessert et l'œuvre de M. de Metz. « Ces deux noms, dit-il, sont justement célèbres dans l'histoire de l'éducation correctionnelle des jeunes détenus, bien que répondant à deux théories pénitentiaires bien distinctes, entièrement opposées même l'une à l'autre. La pensée qui avait présidé à leur création était évidemment la même. C'était l'intérêt seul des enfants qui avait inspiré M. Delessert d'une part, et M. de Metz, d'autre part. Mais quelle différence profonde dans le choix des moyens pour arriver au but commun. A la Roquette, les jeunes détenus étaient soumis à l'emprisonnement de jour et de nuit. A Mettray, c'était au contraire la vie en commun qui leur était réservée. A la

Roquette ils se livraient à des travaux industriels, et à Mettray les travaux agricoles étaient seuls en honneur. »

La colonie de Mettray a donné l'impulsion et servi de modèle à un certain nombre d'établissements de même nature. Sous le gouvernement de Louis-Philippe, un grand nombre de colonies publiques et privées furent créées, sous la pression de l'opinion publique.

Le progrès le plus considérable fut réalisé en ces matières, par la loi du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus. Le législateur s'inspirant des précédents et des exemples qu'il avait sous les yeux, est venu, non pas improviser un système nouveau, mais consacrer, en le régularisant, un état de choses pré-existant. La pensée qui se dégage de la loi de 1850 est tout entière résumée dans ce passage du rapport de M. Corne : « Venir en aide à de pauvres enfants délaissés et entraînés dans de premiers écarts, les préparer à rentrer dans la vie, débarrassés des mauvaises impressions et des vices qui ont failli les perdre, rendre à la société d'honnêtes et paisibles ouvriers de l'agriculture, au lieu de jeter dans les carrefours de nos grandes villes, de jeunes êtres pervertis et prêts à toute espèce de guerre contre les lois et la société, cela rentrait essentiellement dans le cercle de l'assistance et de la prévoyance publiques. »

Dans ce but, le législateur a voulu assurer d'une façon générale aux jeunes détenus le bienfait d'une éducation morale, religieuse, et professionnelle dans des établissements distincts et spéciaux (art.4).

Les articles 3, 4, 10 et 16 sont consacrés à la création

de ces établissements spéciaux. Ils sont d'après les dispositions mêmes de la loi de quatre sortes :

1° Les maisons d'arrêt ou de justice, avec un quartier distinct pour les jeunes garçons condamnés à un emprisonnement de six mois au moins (art. 2 et 4 de la loi). Avec eux seront placés les jeunes prévenus ou accusés, et les jeunes détenus par voie de correction paternelle.

2° Les *colonies pénitenciaires* destinées à recevoir les mineurs acquittés comme ayant agi *sans discernement*, et les mineurs condamnés à plus de six mois et moins de deux ans (art. 3 et 4).

3° Les *colonies correctionnelles* (art. 10 § 1) destinées à recevoir les mineurs condamnés à plus de deux ans d'emprisonnement, et les jeunes détenus des colonies pénitenciaires qui auront été déclarés insubordonnés.

4° Les *maisons pénitenciaires*, destinées à recevoir toutes les jeunes filles détenues, sans distinction de catégories (art. 16).

Ces dispositions de la loi de 1850 n'ont pas été de tous points exécutées, la réalisation pratique des différents établissements que la loi ordonnait de créer demandant un certain temps, et surtout des fonds qui n'ont jamais été votés. Toutefois, l'administration a continué à poursuivre graduellement d'année en année, l'entier accomplissement de la loi. Aujourd'hui la population des jeunes garçons détenus est répartie en fait en trois catégories.

Première catégorie. — On place dans les maisons d'arrêt ou de justice : 1° les jeunes détenus incarcérés par voie d'autorité paternelle ; 2° les prévenus de délits ; 3° les ac-

cusés de crimes ; 4° Les condamnés à six mois au maximum d'emprisonnement.

Presque partout des quartiers spéciaux ont été construits pour renfermer les jeunes détenus de cette première catégorie.

A Paris, la Petite Roquette leur est spécialement affectée.

Les jeunes détenus de cette première catégorie doivent être mis en cellule individuelle, ce qui n'a guère d'inconvénients, car ils ne sont enfermés que pour une courte durée.

Deuxième catégorie. — On place dans des établissements spéciaux appelés *colonies pénitentiaires*, 1° les mineurs acquittés mais envoyés en correction, 2° les condamnés de six mois à deux ans d'emprisonnement.

L'article 3 de la loi 1850, déclare que les premiers seront élevés en commun, sous une discipline sévère et appliqués aux travaux agricoles, et l'article 4 dispose que les seconds seront, pendant les trois premiers mois renfermés dans un quartier distinct, et appliqués à des travaux sédentaires. A l'expiration de ce terme, le directeur peut, en raison de leur bonne conduite les admettre aux travaux agricoles de la colonie. Mais cette dernière disposition n'est pas appliquée. « Il n'y a pas dans une seule colonie pénitentiaire, un seul quartier distinct de ce genre, » dit M. Voisin dans son rapport.

Aussitôt après la loi de 1850, les jeunes détenus de la seconde catégorie, jugés dans le département de la Seine, étaient comme ceux de la première catégorie, envoyés à la *Petite Roquette*. Il y avait là une violation flagrante

de l'article 3 de la loi de 1850, qui prescrit pour les mineurs qui nous occupent la vie en commun dans des colonies pénitenciaires.

Or, nous savons qu'à la Petite Roquette on appliquait le système de l'isolement individuel. Il résultait de là une différence de régime difficile à justifier, entre les auteurs d'une même faute. Cette différence ne laissa pas de frapper vivement les esprits, et en 1854, le fils du rapporteur de la loi de 1850, M. Corne, dans une brochure très vive, demanda ce qu'on avait fait de cette loi paternelle, et rappela le gouvernement à l'exécution des règles qu'elle prescrivait. Un député M. Jules Simon lut le livre, et non moins frappé que son auteur, interpella avec éloquence le ministre de l'intérieur. Le gouvernement avoua son tort, mais se retrancha derrière des considérations budgétaires, en vertu desquelles on ne pouvait appliquer la loi de 1850. Néanmoins, le discours de M. Jules Simon émut le public, et une commission ayant à sa tête Sa Majesté l'Impératrice fut nommée pour faire une enquête. L'Impératrice visita la Petite Roquette et donna raison à l'opinion publique.

La question de savoir s'il fallait faire évacuer la petite Roquette fut posée à la commission. Un nombre égal de voix fut réuni pour et contre, seulement comme l'Impératrice avait voté pour et qu'elle présidait, l'évacuation se trouva décidée. De sorte qu'aujourd'hui, la petite Roquette ne renferme plus que des détenus de la première catégorie.

Conformément à l'article 5 de la loi de 1850, parmi les

colonies pénitenciaires, les unes sont des colonies publiques, les autres des *colonies privées*.

Les premières appartiennent à l'Etat qui est propriétaire des bâtiments, et propriétaire ou simple locataire des terres exploitées. L'entretien des jeunes détenus est tout entier à sa charge. C'est l'Etat qui nomme et salarie tous les employés, et qui recueille tous les bénéfices de l'entreprise. Tout compte fait des dépenses et des produits, il se trouve que chaque détenu coûte à l'Etat un franc par jour environ.

Les colonies privées ont été fondées soit par de simples particuliers, soit et plus généralement par des ecclésiastiques ou des congrégations. Elles appartiennent à leurs fondateurs qui assument toutes les charges concernant les jeunes détenus. En compensation, en outre des produits de l'entreprise, les directeurs reçoivent de l'Etat une subvention s'élevant environ à 0,75 c. par jour et par détenu. Les directeurs doivent être agréés par le gouvernement, leurs employés ou auxiliaires par le Préfet. Enfin, l'Etat se réserve un droit de surveillance et de contrôle sur les établissements privés, qui reçoivent annuellement la visite des inspecteurs généraux et des inspecteurs départementaux, et peuvent toujours être supprimés en cas de désordre, ou d'inexécution des conditions.

Le législateur de 1850 a nettement affirmé sa préférence pour les colonies privées. Il suffit de lire l'article 6 de la loi pour s'en convaincre. Il ressort de cet article, que ce n'est que dans le cas où l'initiative privée

ne suffirait pas à tous les besoins, que l'état se réserve d'intervenir.

Cette préférence pour les colonies privées est-elle justifiée? Cette question a divisé et divise encore les meilleurs esprits.

Les adversaires des colonies privées se basant sur les dispositions que l'administration s'est vue dans la nécessité de prendre à l'égard de certains établissements, concluent du particulier au général et soutiennent que l'institution est mauvaise, parce qu'elle a trop souvent servi à couvrir d'un manteau de fausse philanthropie les faciles capitulations de conscience ou les indignes cupidités de certains individus (1). « Elle est mauvaise, parce qu'on en abuse trop facilement et que si on rencontre des hommes qui profitent de ses défauts pour leur bénéfice particulier, elle devient dangereuse ; parce qu'enfin l'intérêt privé y prime beaucoup trop aisément l'intérêt sacré de la charité et de la loi (2) ».

En faveur des colonies privées on fait observer :

1° Qu'elles coûtent moins cher à l'État que les colonies publiques. En effet, dans les colonies publiques chaque détenu coûte à l'État 1 franc par jour, tandis que dans les colonies privées chaque détenu coûte à l'État qu'une subvention de 0,75 c.

2° Que les résultats obtenus par les colonies privées sont au moins aussi satisfaisants que ceux obtenus par les colonies publiques. On a en effet dressé une statisti-

1. Haranburé. *La commission de la chambre et le régime pénitentiaire* Paris 1872.

2. Léon Vidal. *Questions et solutions pénitentiaires*.

que quia amené les résultats suivants : 14 0/0 des individus sortis des colonies de l'État deviennent récidivistes, tandis que parmi ceux qui sortent des colonies publiques la proportion n'est plus que de 11 0/0 (1).

Mais nous ne croyons pas qu'on puisse tirer de ces deux arguments une conclusion désavantageuse pour l'État. D'une part, si les colonies privées coûtent moins cher, on peut dire que c'est parce qu'elles alimentent plus mal leur pensionnaires. D'autre part, si les colonies privées fournissent moins de récidivistes que les colonies publiques, la raison en est que lorsque les particuliers demandent à l'État des enfants coupables, ils ont bien soin d'examiner leur dossier et de ne pas prendre les plus mauvais,

Ce qu'il y a de mieux à dire, en faveur des colonies privées a été dit par M. Corne rapporteur de la loi : « L'administration pouvait introduire dans les établissements fondés par elle, un ordre régulier, une discipline exacte, mais elle ne pouvait commander à ses fonctionnaires, la chaleur d'âme, le zèle religieux qui font tout le succès des œuvres morales. »

Tout compte fait de ces diverses considérations il ne nous semble pas que la question soit de nature à recevoir actuellement une solution absolue, et nous pensons que les deux genres d'établissements publics et privés doivent coexister, sauf à l'administration à prendre les mesures nécessaires pour s'assurer un contrôle effectif et fréquent sur ces derniers. Une bonne mesure à prendre se-

1. M. Leveillé à son cours.

rait celle qui a été appliquée dans certaines régions, sur la demande de l'inspection générale, à savoir de placer les colonies privées sous la surveillance permanente du directeur départemental, ou de la maison centrale la plus rapprochée.

Troisième catégorie. — Cette catégorie comprend les condamnés à plus de deux ans, et ceux qui sont exclus des colonies pénitenciaires comme insubordonnés.

Ils devaient d'après le vœu de la loi de 1850 être placés dans des *colonies correctionnelles*, à créer en France et en Algérie. Mais aucune de ces colonies n'ayant été créée, l'administration les place dans des quartiers correctionnels spéciaux, annexés à certaines maisons centrales, où on les occupe à des travaux d'industrie ou d'agriculture suivant leurs aptitudes personnelles.

Quant aux jeunes filles détenues, elles ne forment qu'une seule catégorie. Elles sont toutes mineures détenues par voie de correction paternelle, jeunes filles de moins de seize ans acquittées comme ayant agi sans discernement, et non remises à leurs parents et jeunes filles de moins de seize ans condamnées à l'emprisonnement pour un temps quelconque, placées dans des maisons pénitenciaires. Ces maisons pénitenciaires sont pour la plupart des maisons privées, soumises aux mêmes conditions que les colonies pénitenciaires de même nature.

Avant 1876 il existait seulement trois établissements publics affectés aux jeunes filles et cette année là deux d'entre eux ont été supprimés (1). Aujourd'hui, le seul

1. *Statistique des prisons*, année 1876, page CXLVIII.

établissement public de ce genre est un quartier correctionnel annexé à la prison départemental de Nevers.

Pour mieux atteindre le but qu'il s'était proposé, la régénération morale des jeunes détenus, le législateur de 1850 avait ajouté à son œuvre d'éducation correctionnelle de l'enfance, deux compléments essentiels, la libération provisoire, et le patronage. Nous devons en dire quelques mots :

Cette question de la libération provisoire des jeunes détenus n'était pas nouvelle. Une circulaire du comte d'Argout, en date du 3 décembre 1832 lui donnait une grande importance. Elle permettait d'accorder aux jeunes détenus une libération anticipée, mais provisoire et conditionnelle, et avait pour but, en facilitant leur placement en apprentissage, de les soustraire à la contagion des maisons centrales et départementales, où ils étaient alors placés.

La loi de 1850 dans son article 9 a confirmé le principe de la circulaire de 1832, en réservant à un règlement d'administration publique, le soin de déterminer les conditions de la mise en libération provisoire des jeunes détenus. M. Corne, dans son rapport a très nettement exprimé la pensée de la loi : « L'expérience, dit-il, a prouvé qu'un système excellent pour établir parmi les jeunes détenus une louable émulation dans la voie du bien et de la régénération, c'est de graduer leur condition d'après leur conduite. La mise en apprentissage de ceux dont la moralité semble le mieux affermie a presque toujours produit de bons effets. Elle encourage tous les jeunes détenus à obtenir d'être bien notés, et pour ceux

qui jouissent de cette faveur, elle sert d'utile transaction entre deux genres de vie bien différents ; elle éprouve leurs véritables dispositions et les prépare à bien user de la liberté quand elle leur sera rendue. »

Le règlement d'administration publique, qui d'après la loi de 1830 devait régler toutes les questions relatives à la libération provisoire n'a jamais été fait (1), mais l'administration s'est attachée dans différentes circulaires (circulaires des 4 novembre, 14 décembre 1865, et 5 octobre 1867) à prescrire des mesures tendant à favoriser et à développer le placement au dehors des libérés provisoires. Une autre circulaire plus récente, du 10 avril 1873 rappelle aux préfets et directeurs de colonies, qu'ils ne peuvent sans méconnaître les intentions formelles du législateur, retenir dans leurs établissements les enfants que leur bonne conduite et leurs aptitudes mettent en situation d'être libérés à titre provisoire. « Les directeurs de colonies résistent tant qu'ils peuvent, et mettent en avant toutes sortes de bonnes raisons. La vérité est qu'ils ont un intérêt évident à exploiter le plus longtemps possible le travail des enfants, principalement des bonssujets et des ouvriers les plus expérimentés et les plus habiles, c'est-à-dire précisément, ceux qui devraient être admis à l'épreuve de la libération provisoire. Aussi le nombre des libérés provisoires est-il chaque année assez restreint, principalement dans les colonies privées car il est à re-

1. Une commission avait été instituée dans les dernières années du règne de Napoléon III, par les soins de M. de Sarcade. Elle s'occupait de préparer la rédaction définitive de ces règlements, lorsque survint la révolution du 4 sept. 1870.

marquer que la proportion des libérations provisoire est sensiblement plus élevée dans les colonies publiques que dans les établissements privés. En 1869, sur 363 libérés provisoires, on en comptait 145 sortant des colonies publiques, soit par rapport à l'effectif une proportion de 10,70 0/0 dans les colonies de l'Etat et de 3,07 0/0 dans les établissements privés (1). »

Quant au patronage des jeunes détenus après leur libération, un règlement d'administration devait aussi en déterminer les conditions. Ce règlement, n'a pas plus que celui qui devait déterminer les conditions de la libération provisoire été fait mais l'initiative privée l'a dignement remplacé.

On a longtemps agité la question du patronage obligatoire, ainsi que celle de l'organisation et de l'exercice du patronage par l'Etat de préférence à l'initiative privée. Le sentiment général est acquis aujourd'hui au patronage facultatif, le seul qui puisse être efficace et qui tienne compte tout à la fois des intérêts de l'enfant et des droits de l'autorité paternelle (2).

De même, on est à peu près d'accord pour reconnaître que si l'Etat doit encourager et favoriser par tous les moyens en son pouvoir la formation et le développement des sociétés de patronage, il ne saurait lui convenir d'en prendre la direction exclusive. Le patronage relève es-

1. Rapport du conseil des inspecteurs généraux des établissements pénitentiaires ses diverses questions relatives au régime des jeunes détenus.

2. Voir enquête parlementaire de 1870. Déposition de M. Bomeville de Marsangy.

sentiellement de l'initiative, privée sauf à la loi et à l'État, à intervenir pour encourager cette initiative, en reconnaissant un caractère d'utilité publique aux sociétés de patronage et en leur accordant même un concours pécuniaire.

Le nombre des institutions de ce genre est encore trop restreint en France. Parmi les principales citons : la société de patronage des jeunes détenus de la Seine, et la société de patronage pour les libérés protestants. Quelques colonies ont aussi cherché à organiser le patronage de leurs libérés. C'est ainsi, que sur ce point Mettray a obtenu des résultats très satisfaisants. Enfin, il y a quelques années, il s'est fondé sur l'initiative du Président de l'Inspection générale, M. Fournier, une société de protection des engagés volontaires, élevés dans les maisons d'éducation correctionnelle, autorisée par arrêté du 5 novembre 1878. Cette société a pour but, comme son titre l'indique « d'encourager les engagements volontaires des jeunes gens élevés dans les maisons d'éducation correctionnelle publiques ou privées, qui ayant atteint l'âge de 18 ans, se seront montrés dignes d'aide et de protection par leur bonne conduite, leur assiduité au travail et leur progrès à l'école. »

Telle est, dans ses grandes lignes, l'œuvre du législateur de 1850. Tout en reconnaissant qu'elle a réalisé un grand progrès, on peut cependant lui adresser plusieurs critiques :

1° On peut lui reprocher d'avoir confondu l'emprisonnement de garde, avec l'emprisonnement de peine, les maisons d'arrêt ou de justice avec les prisons pour pei-

nes, dont elles devraient être entièrement distinctes. On enferme à la fois dans les maisons d'arrêt ou de justice des jeunes gens en état de détention préventive, et de jeunes détenus condamnés à six mois au moins d'emprisonnement. L'article 2 de la loi de 1850 ordonne bien la création de quartiers distincts pour les jeunes détenus de toutes catégories. Mais, outre que ces quartiers distincts n'ont pas été construits partout, c'était là un palliatif insuffisant.

De plus, les jeunes détenus placés dans les maisons d'arrêt ou de justice subissent le contact des condamnés adultes. Il est vrai, que la loi du 5 juin 1875, qui a posé le principe de l'emprisonnement individuel dans les prisons départementales a porté remède en partie à cette promiscuité. Mais, c'est déjà trop qu'on renferme entre les mêmes murs des mineurs de seize ans et des condamnés adultes. Ce qu'il faudrait ce sont des établissements distincts.

2° La loi de 1850 n'a pas assez nettement accentué, la démarcation entre les mineurs *acquittés*, et les mineurs condamnés. Des enfants dont la situation légale est essentiellement différente peuvent se trouver réunis dans les colonies pénitentiaires et être soumis au même régime et aux mêmes travaux.

Bien plus les condamnés sont dans une situation meilleure que les acquittés. Les premiers ne restent en effet enfermés que deux ans au plus, et en général ils le sont beaucoup moins longtemps. Au contraire, les seconds sont envoyés en correction jusqu'à leur vingtième année. S'ils ont été acquittés à 12 ans ou 14 ans, ils restent

donc enfermés 6 ou 8 ans. De là, ce double résultat, qu'entre deux enfants qui ont comparu le même jour devant le même tribunal, c'est le moins coupable, c'est-à-dire celui qui aura été acquitté qui subira la plus longue peine ; et que le plus coupable, c'est-à-dire l'enfant condamné sera le moins longtemps soumis à l'épreuve de l'éducation correctionnelle, dont il a cependant plus besoin que l'autre. Aussi n'est-il pas rare de voir de jeunes accusés soutenir effrontément qu'ils ont compris la portée de leurs actes, et cela pour être condamnés plutôt qu'acquittés.

Pour faire disparaître cette anomalie, il faudrait accorder aux tribunaux, la faculté, en prononçant une condamnation au cas où le mineur a agi avec discernement, de décider qu'à l'expiration de la peine prononcée, l'enfant irait achever son amendement dans une maison d'éducation jusqu'à un âge déterminé.

3° La loi de 1850 n'ayant réservé exclusivement à l'Etat que les colonies correctionnelles, mais admettant le concours des particuliers pour les colonies et les maisons pénitentiaires, en arrive ainsi à confier à des établissements privés non seulement l'éducation correctionnelle des mineurs acquittés, mais encore l'exécution de la peine contre les mineurs condamnés, ce qui est opposé au caractère de peine publique. Il serait à désirer que les jeunes détenus condamnés fussent toujours renfermés dans des colonies de l'Etat.

4° L'article 3 de la loi de 1850 dispose que les jeunes détenus doivent être appliqués dans les colonies pénitenciaires aux travaux de l'agriculture et aux industries qui s'y attachent.

En n'appliquant les enfants qu'aux travaux purement agricoles, le but du législateur était de détourner ces jeunes gens des centres industriels, considérés comme des foyers de corruption, et d'arrêter le dépeuplement des campagnes en augmentant le nombre des agriculteurs. Mais l'expérience a montré que c'était là un but quelque peu chimérique. En fait, l'enfant originaire des villes, a le plus souvent une horreur instinctive du travail agricole. Il retournera presque infailliblement vers la ville à sa sortie de la colonie, et alors, non seulement les notions agricoles qu'il aura pu acquérir ne lui seront d'aucune utilité, mais ne connaissant pas d'autre métier, il sera réduit le plus souvent au vagabondage ou même à voler, jusqu'au jour où la maison centrale l'aura recueilli (1).

Il importe donc que le législateur tienne un plus grand compte qu'il ne l'a fait en 1850 des antécédents et des origines des jeunes détenus. Il n'a pour cela qu'à autoriser le travail industriel parallèlement au travail agricole (2).

5° Enfin, une dernière critique, qu'on peut adresser à la loi de 1850, est de n'avoir fait aucune distinction entre les jeunes filles détenues. Elles doivent en effet, être toutes placées dans des maisons pénitenciaires, et l'article 17 n'organise pour elles que le travail sédentaire.

1. De Harambure, *op. cit.*

2. M. Voisin. *Rapport sur les jeunes détenus.*

Pourquoi ne pas les appliquer elles aussi, si leurs aptitudes le permettent, à des travaux agricoles ou industriels ?

Pour toutes ces raisons, la loi de 1850 appelle donc d'autres réformes. Et en fait, la situation des jeunes détenus n'a cessé de préoccuper soit les pouvoirs publics, soit les hommes éclairés dont l'initiative stimule ou remplace l'action de l'Etat.

Par une résolution en date du 23 mars 1872, provoquée par l'initiative de M. le vicomte d'Haussonville, l'assemblée nationale institua une commission d'enquête sur le régime des établissements pénitentiaires. La loi du 5 juin 1875 sur le régime des prisons départementales en a été le principal résultat, mais d'autres résultats avaient été préparés, au premier rang desquels se place l'intéressant et savant rapport de M. Félix Voisin sur un projet de loi relatif à l'éducation et au patronage des jeunes détenus (1).

Malheureusement l'assemblée nationale fut obligée de se séparer sans avoir pu aborder l'examen des deux propositions de loi qui résumaient les conclusions du rapport de M. Voisin, ces propositions de loi étaient :

I. — Une proposition de la loi portant modification des articles 66, 67, et 69 du code pénal.

Elle contenait les réformes suivantes :

1° Elle établissait une distinction entre les *maisons de réforme*, c'est-à-dire les maisons d'éducation et de correction tout à la fois, où devaient être élevés et détenus

1. Ce rapport forme le huitième et dernier volume des publications de la commission d'enquête parlementaire.

nus les mineurs acquittés en vertu de l'article 66, comme ayant agi sans discernement, et les *maisons correctionnelles*, c'est-à-dire les établissements où devaient être détenus, et soumis à une discipline plus sévère les mineurs condamnés par application des articles 67 et 69, comme ayant agi sans discernement.

2° Elle paraît à l'inconvénient reconnu des trop courtes peines applicables aux mineurs condamnés, en attribuant aux juges le pouvoir de décider que ces mineurs pourraient à l'expiration de leur peine être détenus et élevés jusqu'à l'époque de leur majorité dans des *quartiers spéciaux* d'éducation correctionnelle.

3° Elle étendait pour tous les cas, jusqu'à la vingt et unième année accomplie, la durée facultative du séjour des jeunes détenus dans les maisons de réforme, ou dans les établissements correctionnels proprement dits.

II. — Une proposition de loi portant révision de la loi du 5 août 1830.

Elle contenait les réformes suivantes :

1° Elle établissait et organisait pour les jeunes détenus à côté de l'éducation agricole, l'éducation industrielle et maritime

2° Elle appliquait plus largement et réglementait la libération provisoire.

3° Elle facilitait la formation nécessaire des sociétés de patronage pour les jeunes détenus.

Ces projets n'ayant pas été convertis en loi par l'assemblée nationale, l'œuvre était à reprendre. Dans la séance du sénat du 28 juillet 1879, furent présentées par MM. Théophile Rousseau, Béranger, Dufaure, et l'amiral Fou-

richon sénateurs, deux projets de loi, ayant pour objet :

1° La révision des articles 50, 66, 67, 69 et 271 du code pénal, concernant les mineurs de seize ans.

2° La révision de la loi du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus (1).

Ces deux projets de loi, qui ne sont que la reproduction à peu près fidèle des propositions de lois préparées par la commission d'enquête de 1872 attendent encore leur discussion.

De son côté, l'administration s'est toujours appliquée à rendre meilleure la situation des jeunes détenus. Nous avons déjà noté ses louables efforts à faire prospérer l'œuvre de la libération provisoire et du patronage. Mais la création la plus importante qu'elle a accomplie, a été celle d'établissements spéciaux pour les délinquants de moins de douze ans, catégorie de jeunes détenus qui forme plus du tiers de l'effectif des colonies pénitentiaires publiques ou privées. « On comprend que ces enfants à raison de leur jeune âge, et des soins de toutes sortes qui leur ont manqué, réclament une sollicitude de tous les instants, et qu'il importe surtout de ne pas les confondre avec des jeunes gens plus corrompus dont le contact, les imitations et les exemples pourraient exercer sur leur moral une action des plus pernicieuses (2). »

La voie tracée en France par la loi de 1850, a été suivie par plusieurs pays étrangers, qui nous ont même devancés sur beaucoup de points.

1. Voir le texte de ces projets de loi au journal du ministère public, année 1879, art. 2358.

2. *Statistique des prisons*, Année 1876, page CXLV. On trouvera là des détails d'organisation relatifs à ces établissements.

En Angleterre, en 1852 fut prescrite une enquête générale qui aboutit en 1854 au bill connu sous le nom de Acte des écoles de réforme pour la grande Bretagne. Cet acte qui crée les établissements appelés « *Reformatories* » concerne les enfants coupables et condamnés par la justice Anglaise. A côté de ces écoles de réforme, un acte de 1866 a créé des écoles industrielles (*industrial schools*), et des refuges (Homes), institutions bien plus de bienfaisance que de répression, destinées non plus à reprimer le vice, mais à le prévenir.

Les Anglais ont compris qu'il était bien de distinguer l'élément qui appartient à l'action pénitentiaire de celui qui ne relève à proprement parler que de l'assistance publique, et de séparer nettement dans la pratique le premier du second. Il y aurait tout avantage en France à s'inspirer de cet exemple, et l'administration semble avoir voulu entrer dans cette voie en plaçant dans les maisons de réforme, dont nous avons parlé plus haut, les jeunes détenus de moins de douze ans, mais ce n'est là qu'une innovation insuffisante, car les maisons dont il s'agit ont encore l'attache pénitentiaire.

En Belgique, la distinction entre les établissements pénitentiaires et les maisons de réforme est bien tranchée comme en Angleterre.

Les établissements pénitentiaires de Saint-Hubert, pour les garçons, et de Namur pour les filles ne contiennent que les mineurs condamnés.

Les maisons de réforme de Ruisseleyde pour les garçons et de Berneem pour les filles ne reçoivent au contraire que les enfants acquittés. Une école de mousses est jointe

à la maison de Ruisseleyde. Ces deux maisons dépendent non de l'administration des prisons, mais de l'assistance publique.

En *Hollande*, le principe de la séparation des condamnés et des acquittés est comme en Belgique soigneusement maintenu. De plus, un patronage très puissant est organisé pour venir en aide à l'enfant au moment de sa libération. Les sociétés de patronage favorisent autant que possible l'émigration des jeunes détenus dans les colonies.

Aux *Etats-Unis*, ce sont surtout les institutions préventives qui ont été organisées. De nombreuses sociétés pour la réforme de la jeunesse ont ouvert des maisons de refuge et fondé des colonies agricoles qui donnent les meilleurs résultats.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

- I. — Dans les *bonorum possessiones unde cognati* et *unde decem personæ*, le concours entre cognats du même degré est la règle absolue ; il a lieu même entre le père et la mère.
- II. — La mère ne peut bénéficier du sénatus-consulte Tertullien, lorsque, l'application de ce sénatus-consulte nuirait directement à un enfant ou au père du *de cujus* ; mais elle n'est pas pour cela privée de tout droit à la succession.
- III. — La *capitis deminutio maxima*, survenue dans la personne de la mère ou dans celle de ses enfants, faisait obstacle à l'application du sénatus-consulte Tertullien.
- IV. — Le *jus liberorum* n'a été définitivement supprimé que sous Justinien. La loi 3 au code théodosien, VIII, 17, ne contredit pas cette proposition.

DROIT FRANÇAIS

- I. — Le bénéfice de l'âge peut être invoqué pour la première fois devant la cour de cassation (*contra*; Cass. 19 av. 1821, 27 fev. 1845).
- II. — La question de discernement doit être examinée et résolue en toutes matières et devant toute espèce de juridiction.
- III. — Pour qu'une condamnation aux dommages-intérêts puisse être valablement prononcée contre le mineur de seize ans, il faut que ce mineur soit assisté devant la juridiction criminelle, comme devant la juridiction civile, de son tuteur.
- IV. — La prescription de l'action publique contre le mineur de seize ans, qui coupable d'un crime, ne se trouve passible que d'une peine correctionnelle n'est point celle de dix ans établie pour les crimes, mais celle de trois ans établie pour les délits.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

- I. — La constitution d'Antonin Caracalla, octroyant le droit de cité à tous les sujets de l'empire

romain ne statua que pour le présent; elle n'eut pas pour effet de régir la condition de peuples conquis postérieurement à sa promulgation.

- II. — Le pacte d'intérêts, ajouté *in continenti* à une stipulation, fut à la fin de l'époque classique, sanctionné par l'action du contrat.
- III. — Le vendeur sous condition résolutoire supporte les risques quand la condition se réalise.
- IV. — Avant Justinien, la compensation n'était pas légale; elle était opérée par le juge.

DROIT CIVIL.

- I. — L'article 302 du code civil, relatif au divorce, est applicable à la séparation de corps.
- II. — La séparation de biens résultant accessoirement d'un jugement qui prononce une séparation de corps, ne rétroagit pas au jour de la demande.
- III. — Les étrangers ont le droit de saisir les tribunaux français pour les contestations qui existent entre eux, sans que ces tribunaux puissent refuser d'en connaître.
- IV. — La dot mobilière n'est pas inaliénable.
- V. — Les créanciers qui ont demandé la séparation des patrimoines et qui n'ont pas été intégralement payés sur les biens du défunt ne peuvent s'attaquer aux biens propres de l'héritier qu'après le

désintéressement des créanciers personnels de celui-ci.

- VI. — Le disponible spécial entre époux n'est pas exclusif du disponible ordinaire, dans les cas où ce dernier est plus avantageux.

DROIT CONSTITUTIONNEL

- I. — L'assemblée nationale, réunie en congrès, conformément à l'article 8 de la loi du 21 février 1875, ne pourra s'occuper que de la révision pour laquelle elle aura été provoquée.
- II. — La séparation des pouvoirs comprend trois branches : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, et le pouvoir judiciaire.

DROIT CRIMINEL.

- I. — La Cour d'assises peut accorder des circonstances atténuantes aux accusés qu'elle juge par contumace.

DROIT ADMINISTRATIF.

- II. — Lorsqu'un établissement insalubre régulièrement autorisé offre des inconvénients pour les voisins, ceux-ci peuvent agir en dommages inté-

rêts devant les tribunaux civils contre le propriétaire de l'établissement.

DROIT COMMERCIAL.

I. — Le vendeur qui n'a pas conservé son privilège en cas de faillite, conserve néanmoins son droit de résolution.

Vu : le Président de la soutenance,

DESJARDINS

Vu : le Doyen,

BEUDANT

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

Des Rapports de succession entre la mère et l'enfant et spécialement des sénatus-consultes Tertullien et orphitien.

INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE I. — Des rapports de succession entre la mère et l'enfant, d'après le droit antérieur aux sénatus-consultes Tertullien et orphitien.....	7
<i>Section I.</i> — Législation des XII Tables.....	9
§ I. — Droits de succession entre la mère et l'enfant, dans le cas où la mère est sous la <i>manus</i> du mari....	43
§ II. — Droits de succession entre la mère et l'enfant dans le cas où le mariage de la mère a été contracté sans <i>manus</i>	18
<i>Section II.</i> — Droit prétorien.....	21
§ I. — De la <i>bonorum possessio unde cognati</i>	22
§ II. — De la <i>bonorum possessio unde decem personæ</i>	27
CHAPITRE II. — Des rapports de succession entre la mère et l'enfant, d'après les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien.....	31
<i>Section I.</i> — Du sénatus-consulte Tertullien, ou de la succession de la mère à ses enfants.....	33
<i>Section II.</i> — Du sénatus-consulte Orphitien, ou de la succession des enfants à leur mère.....	48
<i>Section III.</i> — De quelques règles communes à la succession déferée par le sénatus-consulte Tertullien, et à la succession déferée par le sénatus-consulte Orphitien....	51
CHAPITRE III. — Des modifications apportées aux sénatus-consultes Tertullien et Orphitien par quelques constitutions impériales antérieures aux Novelles de Justinien.	59

<i>Section I.</i> — Modification apportées au sénatus-consulte Tertullien.....	60
<i>Section II.</i> — Modifications apportées au sénatus-consulte Orphitien.....	77
CHAPITRE IV. — Des Rapports de succession entre la mère et ses enfants d'après les Nouvelles de Justinien.....	81
<i>Section I.</i> — De l'ordre des descendants.....	83
<i>Section II.</i> — De l'ordre des ascendants.....	85

DROIT FRANÇAIS.

Du mineur du seize ans devant la loi pénale.

INTRODUCTION.....	91
CHAPITRE I. — De l'influence de l'âge, quand à l'imputabilité pénale.....	95
CHAPITRE II. — Du bénéfice de juridiction ou de compétence accordé aux mineurs de seize ans.....	140
CHAPITRE III. — De la question du discernement.....	156
<i>Section I.</i> — Des conséquences attachées à la réponse négative du juge sur la question du discernement.....	170
<i>Section II.</i> — Des conséquences attachées à la réponse affirmative du juge sur la question du discernement.....	189
CHAPITRE IV. — Du régime applicable aux mineurs de seize ans.....	221

Imprimerie des Écoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, Paris.
